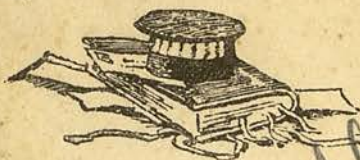


Проверено 1961 г.

МАЙ 2008



Ex libris
П. И. Люблинского
№ 2007

150
ПРОВЕРЕНО
2000г.

СПбГУ

ое Законодательство.

кого, Ленинград, Фонтанка, 67.

Заказ № 1711.

Тираж 5.000.

БЕРНГЕФТЪ, Ф.,

и

КОЛЕРЪ, I.,

проф. Ростовскаго у-та.

проф. Берлинскаго у-та.

Павлу Клеверу Мюббингену

отъ искренно уважительнаго

В. Нечаева

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

9. IV. 1910.

ГЕРМАНИИ.

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО
студентовъ С.-Петербургскаго университета:

Б. М. Брамсона, С. О. Добрина, Е. Е. Карасова и В. В. Нечаева

ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

В. М. НЕЧАЕВА.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ

1910.

№ 1.38

С76Г7

ПРЕДИСЛОВІЕ РЕДАКТОРА.

Предлагаемая книга состоитъ изъ двухъ очерковъ. Первый принадлежитъ проф. Ростовскаго университета Ф. Бернхейфту (F. Bernhöft) и напечатанъ во 2-мъ и 3-мъ изданіяхъ извѣстнаго Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausg. v. Dr. J. Conrad, Dr. L. Elster, Dr. W. Lewis и Dr. Ed. Löning, подъ заглавіемъ: „Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich“. Это лучшее изъ существующихъ изложеніе процесса образованія единого германскаго гражданскаго уложенія 1896 года. Второй написанъ проф. Берлинскаго университета I. Колеромъ (I. Kohler) и помѣщенъ въ вышедшемъ въ 1903 г. подъ его редакціей шестомъ изданіи Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft подъ заглавіемъ: „Bürgerliches Recht“. Особенность этого труда состоитъ въ томъ, что въ немъ авторъ, не претендуя на полноту изложенія современнаго гражданскаго права Германіи, постоянно и послѣдовательно выдѣляетъ и освѣщаетъ особенности *новаго гражданскаго права* сравнительно съ традиціоннымъ „общимъ“ или пандектнымъ правомъ, вошедшимъ въ значительной мѣрѣ въ германское гражданское уложеніе, но принявшимъ подъ вліяніемъ новыхъ жизненныхъ теченій совершенно новыя формы. Въ такомъ своемъ видѣ оба очерка даютъ гораздо болѣе сжатое, но и гораздо болѣе яркое, чѣмъ всѣ другіе большіе и малые курсы по германскому гражданскому праву Германіи, освѣщеніе современнаго состоянія гражданско-правового быта этой страны, а вмѣстѣ съ тѣмъ и того уровня, какого достигло въ настоящее время гражданское право на Западѣ Европы вообще.

Книга предназначена прежде всего служить пособіемъ студентамъ при слушаніи читаемаго мною въ С.-Петербургскомъ университетѣ спеціальнаго курса современнаго гражданскаго права Германіи. Но, въ виду указанныхъ выше качествъ входящихъ въ нее

трудовъ проф. Бернгефта и Колера, она, по моему мѣнѣю, заслуживаетъ вниманія и болѣе широкаго круга русскихъ юристовъ, интересующихся современнымъ состояніемъ гражданскаго права на Западѣ.

Во время печатанія книги въ германскомъ законодательствѣ, имѣющемъ отношеніе къ изложенію проф. Колера, произошли слѣдующія перемѣны. 15 мая 1908 года изданъ имперскій законъ *о союзахъ* (см. о немъ статью г. Широкова въ „Журн. Мин. Юст.“ за 1909 г. № 4), измѣнившій многія отношенія въ образованіи союзовъ и нѣкоторыя постановленія гражданскаго уложенія, между прочимъ § 72, согласно которому правленіе союза обязано было по первому требованію амтсгерихта представить списокъ членовъ общества. 30 мая 1908 г. изданъ имперскій законъ *о страховомъ договорѣ* (переведенъ подъ моей редакціей въ „Извѣстіяхъ Общества страховыхъ знаній“ в. 1-й, Спб. 1909) и 7 іюля 1909 г. имперскій же законъ *о пресѣченіи недобросовѣстной конкуренціи* (переведенъ подъ моей редакціей въ „Жур. Мин. Юст.“ и 1910 г. кн. 1). Всѣ эти законы затрогиваютъ въ нѣкоторыхъ частяхъ изложеніе Колера, но своевременно удалось исправить это изложеніе на основаніи новыхъ законовъ только по отношенію къ договору страхового договора. Въ переводѣ изложеніе исправлено соответственно съ новымъ закономъ. Другія части книги были уже напечатаны, когда упомянутые выше законы появились. По отношенію къ новому закону о пресѣченіи недобросовѣстной конкуренціи слѣдуетъ сказать, что въ немъ приняты во вниманіе нѣкоторыя, вошедшія въ изложеніе, критическія замѣчанія проф. Колера о недостаткахъ стараго германскаго закона и отношеніи этого закона къ гражданскому уложенію.

В. Нечасовъ.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

ГРАЖДАНСКОЕ УЛОЖЕНИЕ ГЕРМАНСКОЙ ИМПЕРІИ ВЪ ПРОЦЕССЪ ЕГО ОБРАЗОВАНІЯ. <i>Ф. Бергфста.</i>	1
---	---

Введение.

I. Состояніе германскаго права до изданія германскаго гражданскаго уложенія.

Римскій элементъ въ германскомъ правообразованіи.—
Римское право эпохи капиталистическаго хозяйства; его
характерныя черты.—Мобилизація земельной собствен-
ности и свобода оборота.—Положеніе должниковъ и от-
вѣтчиковъ.—Римское право христіанскаго времени.—
Защита слабого.—Вліяніе церкви и каноническаго
права. 4—10

Рецепція римскаго права на Западѣ.—Вліяніе изу-
ченія чистаго римскаго права.—Предѣлы рецепціи.—
Германско-правовые элементы.—Семейное и вещное
право.—Вліяніе на нихъ римскаго права.—Мѣстные
кодексы и область ихъ примѣненія.—Пестрота права.—
Научное изученіе права 10—18

II. Происхожденіе германскаго гражданскаго уложенія.

Идея единаго кодекса и попытки ея осуществленія
до учрежденія Германской Имперіи.—Предварительная
коммисія 1874 года и задача кодификаціи единаго гер-
манскаго права.—Коммисія для составленія кодекса.—
Приемы работы и условія, въ которыхъ она происхо-
дила.—Первый проектъ и его критика 18—24

4. Вторая коммисія для переработки перваго проекта
уложенія. Составъ и способы работы второй коммисіи.—
Результаты переработки.—Уложеніе и социальныя за-

просы времени.—Обсужденіе проекта въ рейхстагѣ и его принятіе	24—31
---	-------

III. Предѣлы дѣйствія германскаго уложенія.

Достигнуто ли полное единство?—Правовыя области, предоставленныя мѣстному законодательству.—Временныя ограниченія примѣненія единого права въ партикулярныхъ государствахъ	31—35
--	-------

IV. Что дало Германіи гражданское уложеніе?

Положительныя качества уложенія.—Отношеніе къ юриспруденціи.—Вопросъ о народности.—Соціальная сторона.—Оцѣнка притязаній, предъявленныхъ уложенію съ точки зрѣнія задачъ современной экономической политики	35—41
---	-------

СОВРЕМЕННОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО ГЕРМАНИИ <i>Г. Коллера</i>	43
--	----

Введеніе.

§ 1. Наука римскаго права въ 19 вѣкѣ.—Изученіе національнаго германскаго права.—Выѣшняя исторія гражданскаго уложенія.—Члены коммисіи для составленія уложенія.—Вторая коммисія	45—50
---	-------

A. Общая часть.

Книга первая.

Источники права.

§ 2. Источники современнаго гражданскаго права Германіи.—Законъ и обычное право.	
§ 3. Способъ концепціи нормъ въ гражданскомъ уложеніи; достоинства и недостатки этого способа.—Языкъ кодекса; „доктринализмъ“; романистическія вліянія.—Соціальное право въ уложеніи.	51—56

Книга вторая.

Основные мысли.

§ 4. Частно-правовой порядокъ обладанія имуществомъ.	56—57
--	-------

§ 5. Составъ гражданского общества и субъекты правъ.—Ограниченія личного права.—Свобода воли въ оборотѣ и сферѣ обязательственныхъ отношеній въ частности.—Новыя социальныя образованія; идея страхованія и ея значеніе	57—62
---	-------

Книга третья.

Лица.

1. Люди.

§ 6. Начало и конецъ личности.—Положеніе безвѣстно отсутствующихъ.—Двѣ системы, дѣйствующія въ этомъ отношеніи.—Точка зрѣнія гражданского уложенія.—Послѣдствія признанія человѣка умершимъ.	62—65
--	-------

2. Юридическія лица.

§ 7. Союзныя образованія и ихъ значеніе въ современномъ правѣ.—Теорія фикцій.—Союзы, служащіе хозяйственнымъ и идеальнымъ цѣлямъ.—Отношеніе современнаго германскаго права къ той и другой группѣ.—Возникновеніе союзовъ и ихъ правоспособность.—Положеніе союзовъ, лишенныхъ правоспособности. Распространяются ли постановленія германскаго уложенія на акціонерныя компаніи и союзы, регулируемые другими имперскими законами?	65—71
---	-------

§ 8. Учрежденія.—Понятіе учрежденія.—Постановленія германскаго уложенія.—Учредительный актъ.—Исторія учрежденій.—Ограниченія, налагаемыя на учрежденія государствомъ.—Фидуціарныя учрежденія	71—73
--	-------

Книга четвертая.

Объекты права.

§ 9. Вещь и ея составныя части.—Спорные вопросы въ этой области	
§ 10. Отношеніе принадлежности.—Современное понятіе принадлежности.—Единство предпріятія и его вліяніе на юридическое положеніе вещей.—Понятіе имущества. — Значеніе этого понятія въ современномъ правѣ.	73—79

Книга пятая.

Правовыя явленія.

§ 11. Субъективныя права и притязанія.—Значеніе въ правѣ послѣдняго понятія.	80—81
§ 12. Юридическія дѣйствія и сдѣлки; юридическія событія	81—82
§ 13. Условія и сроки при юридическихъ сдѣлкахъ.	83—84
§ 14. Ошибка при заключеніи юридической сдѣлки.—Способы оспариванія сдѣлки съ ошибкой	84—86
§ 15. Понятіе возраженія въ особенности.—Правовыя нормы и возраженія.—Значеніе возраженія въ современной концепціи.—Возраженія дилаторныя и перемпторныя	86—89
§ 16. Исковая давность.—Основанія давности.—Укороченная давность и ея значеніе въ современномъ правѣ.—Теченіе и перерывъ давности.—Постановка давности въ германскомъ уложеніи	89—92

Б. Абсолютныя права.

Книга первая.

Право личности.

а) Выраженія права личности.

§ 17. Право личности и его выраженія: а) жизнь, здоровье и честь; б) право на имя въ особенности. Значеніе этого права въ области торговли.—Передача предпріятія вмѣстѣ съ передачей формы. § 18; в) право на собственное изображеніе. § 19; г) дѣйствія, унижающія личность.	93—97
§ 20. Посягательство на промышленное положеніе лица.—Недобросовѣстная конкуренція.—Законъ о товарныхъ знакахъ и германская юриспруденція.—Практика судовъ.—Законъ 27 мая 1896 г. о недобросовѣстной конкуренціи.—Пользованіе чужимъ именемъ.—Примѣненіе §§ 823 и 826 герм. гражд. улож.—Случаи недобросовѣстной конкуренціи, не предусмотрѣнные закономъ 1896 года.	97—104
§ 21. Право на промыселъ.—Понятіе и возникновеніе.—Условія занятія промысломъ.—Приобрѣтенное	

право на промысел.—Субъективные права на промысел и его признаки по германскому законодательству.—Переходъ права на промысел. 104—111

в) Персонафикация (представительство).

§ 22. Персонафикация и представительство.—Понятие представительства.—Полномочіе.—Основанія представительства и полномочія.—Положеніе повѣреннаго по отношенію къ третьимъ лицамъ.—Отобраніе полномочія.—Способы заявленія о предоставленіи полномочія и его отобранія 112—116

Книга вторая.

Права на вещи.

1. *Производное право, установленное въ интересахъ подержанія мира и порядка.*

§ 23. Право на вещи.—Владѣніе и его конструкція въ германскомъ уложеніи.—Соціальный и индивидуальный моменты.—Значеніе института владѣнія.—Элементъ воля.—Владѣльческіе иски. 116—122

2. *Самостоятельныя права на вещи.*

§ 24. Разграниченіе вещнаго и обязательственнаго права въ уложеніи.—Обязательственное право противъ всякаго правопреемника (*jus ad rem*).—Положеніе этого права въ германскомъ уложеніи. 122—124

§ 25. Недвижимости и движимости.—Значеніе вотчинной книги.—Порядокъ веденія книгъ по вотчинному уставу 4 марта 1897 года.—Значеніе внесенія.—Порядокъ старшинства и публичная вѣра.—Засвидѣтельствованіе неубыточности. 124—128

§ 26. Право постройки и его значеніе въ современномъ правѣ.—Современныя постановленія о правѣ постройки. 128—130

§ 27. Ограниченія собственности.—Эксплоатація.—Вознагражденіе.—Районный законъ 21 дек.—1871 г. Защита лѣсной культуры.—Соединеніе и округленіе земельныхъ участковъ.—Охрана древностей. 130—134

§ 28. Сосѣдскія права.—Составъ сосѣдскихъ правъ по германскому уложенію.	134—136
§ 29. Движимыя вещи.—Способы пріобрѣтенія.—Овладѣніе.—Переработка.—Находка.	136—138
§ 30. Традиціонная система.	138—140
§ 31. Принципъ: Hand muss Hand wahren.—Пріобрѣтательная давность.—Значеніе добросовѣстности.	140—142
§ 32. Виндикаціонный искъ.	142
§ 33. Пользованіе въ современномъ германскомъ правѣ сравнительно съ римскимъ.—Пользовладѣніе юридическаго лица	142—144
§ 34. Поземельные сервитуты.—Понятіе и содержаніе сервитутовъ.—Сервитуты городскіе и сельскіе.	144—146
§ 35. Право на мѣновую цѣнность (залогъ).—Понятіе и виды по германскому уложенію: вотчинный долгъ; ипотека пандектнаго права.—Вопросъ о повышеніи въ степени старшинства.—Обеспечительная и книжная ипотека.—Совокупная ипотека.	146—153
§ 36. Закладъ движимыхъ вещей	153—154

Книга третья.

Права на нематеріальные объекты.

1. Права на силы въ пространствѣ.

§ 37. Электричество, какъ объектъ права.—Юридическая защита обладанія электрической энергіей, уголовная и гражданская.	155—156
--	---------

2. Права на идеи (права на нематеріальные предметы съ собственномъ смыслѣ).

§ 38. Эстетическія и техническія идеи.—Природа и свойства правъ на нематеріальныя блага.—Отличіе личныхъ правъ отъ права на нематеріальныя блага.	157—159
§ 39. Объектъ права на нематеріальныя блага.	159
§ 40. Возникновеніе правъ на нематеріальныя блага.—Заявленіе, испытаніе и утвержденіе.	159—160
§ 41. Содержаніе правъ на нематеріальныя блага.	160—162
§ 42. Ограниченіе правъ на нематеріальныя блага.	162
§ 43. Виды участія въ правахъ на нематеріальныя блага: а) право изданія; б) право лиценцій.	162—164

§ 44. Притязанія изъ правъ на нематеріальныя блага. 164—165

§ 45. Два вида правъ на нематеріальныя блага: право на идеи эстетическаго и право на идеи техническаго характера.—Авторское право на литературныя, сценическія и музыкальныя произведенія.—Ограниченія авторскаго права въ предѣлахъ газетнаго оборота.—Срокъ авторскаго права международная защита авторскаго права. 165—170

§ 46. Авторское право на произведенія изящныхъ искусствъ.—Защита живописи и ваянія.—Зодчество.—Фотографія.—Промышленные рисунки. 170—173

§ 47. Права изобрѣтателей на примѣненіе силъ природы.—Понятіе изобрѣтенія.—Патенты на изобрѣтенія.—Изобрѣтеніе особыхъ продуктовъ.—Изобрѣтеніе способовъ производства.—Ограниченія правъ изобрѣтателей.—Обязанности владѣльцевъ патентовъ. 173—180

§ 48. Право на модели. 180—182

3. *Право на блага производственнаго и потребительнаго оборота (промышленныя монополіи).*

§ 49. Промышленныя монополіи.—Ихъ исторія.—Право на потребительныя силы. 182—184

С. Обязательственныя отношенія.

І. Общая часть.

1. *Основныя идеи (индивидуализмъ, социальная политика, этическія силы).*

§ 50. Общій характеръ современнаго обязательственнаго права. 185

§ 51. Свобода заключенія договоровъ.—Предварительный договоръ.—Принужденіе къ заключенію договора 185—186

§ 52. Усмотрѣніе сторонъ при заключеніи договоровъ.—Одностороннія волеизъявленія.—Форма и содержаніе договоровъ.—Договоры о перенесеніи права собственности на земельные участки.—Защита слабыхъ и социальныя постановленія гражданскаго уложенія.—Особыя постановленія современнаго права о наймѣ услугъ.—Работа малолѣтнихъ и женщинъ. 186—191

§ 53. Правила о внутреннемъ распорядкѣ на фабрикахъ и заводахъ.—Понятіе и ихъ юридическая природа. 192—195

§ 54. Договоры, противныя закону и добрымъ нравамъ.—Прямое и косвенное противорѣчіе закону.—Понятіе и содержаніе добрыхъ нравовъ. 195—199

§ 55. Абстрактный вещный и обязательственный договоръ и его оспариваніе на основаніи противорѣчія добрымъ нравамъ. 199—201

§ 56. Имущественный интересъ въ обязательствахъ. 201—203

2. Развитие обязательственныхъ отношеній.

§ 57. Невозможность исполненія обязательствъ,—первоначальная и послѣдующая; исполненіе родовыхъ обязательствъ. 203—205

§ 58. Заботливость должника въ обязательственныхъ отношеніяхъ и ея виды. 205—206

§ 59. Несвоевременное исполненіе обязательства.—Просрочка и процессъ. 206—208

§ 60. Вознагражденіе за вредъ и убытки.—Положительный и отрицательный интересъ.—Три случая возмѣщенія отрицательнаго интереса.—Размѣръ отрицательнаго интереса.—Положительный интересъ.—Виды возмѣщенія положительнаго интереса.—Имущественный и нравственный ущербъ. 208—215

§ 61. Содѣйствіе кредитора исполненію обязательства.—Отказъ въ принятіи исполненія.—Просрочка кредитора. 215—216

§ 62. Альтернативныя обязательства. 216—220

3. Соединенія обязательствъ.

§ 63. Двустороннія обязательства.—Послѣдствія двустороннихъ обязательствъ.—Невозможность удовлетворенія со стороны одного изъ контрагентовъ.—Отвѣтственность одного изъ контрагентовъ за неудовлетвореніе со стороны другого.—Невозможность удовлетворенія по винѣ должника.—Просрочка удовлетворенія. 220—227

§ 64. Совокупное долговое отношеніе.—Обязательства корреальные и солидарныя.—Римскій и германскій элементы въ строеніи солидарнаго обязательства.—Удовлетвореніе по солидарному обязательству въ раз-

личныхъ его видахъ и вліяніе его на обязанности отдѣльныхъ должниковъ.—Постановленія гражданского уложенія	227—235
§ 65. Активные солидарныя обязательства	235—237
§ 66. Недѣлимые обязательства	237—238

4. Передача обязательствъ.

§ 67. Историческое развитіе передачи обязательствъ.—Уступка правъ.—Увѣдомленіе должника.—Послѣдствія передачи и ея ограниченія	238—243
--	---------

5. Прекращеніе обязательствъ.

§ 68. Удовлетвореніе по обязательству.—Удовлетвореніе со стороны третьяго лица.—Замѣна удовлетворенія.—Зачетъ	243—248
§ 69. Право на уривненіе	248—250

II. Особенная часть.

1. Юридическая дѣятельность на основѣ юридическихъ сделокъ.

Книга первая.

Обмѣнъ благъ.

а) Сдѣлки по обмѣну вещей.

1. Купля и мѣна.

§ 70. Каноническія и французскія вліянія на регулированіе купли-продажи въ гражданскомъ уложеніи.—Римская точка зрѣнія.—Продажа чужой вещи.—Отвѣтственность за фактическіе недостатки предмета.—Право отмѣны договора.—Купля-продажа родовыхъ вещей.	250—254
--	---------

2. Дареніе.

§ 71. Дареніе и оборотъ.—Договорная природа даренія.—Конструкція даренія въ уложеніи и сомнѣнія, ею вызываемыя.—Отмѣна даренія	254—258
--	---------

б) Сдѣлки по обмѣну силами и услугами.

1. Наемъ и аренда.

§ 72. Двусторонній характеръ отношеній, вытекающихъ изъ найма.—Длительный характеръ найма и	
---	--

вытекающія отсюда юридическія послѣдствія.—Продолженіе найма при отчужденіи нанятой вещи.—Плата.—Срокъ.—Отказъ отъ найма.—Аренда въ ея отличіяхъ отъ найма.—Предметы аренды.—Особыя постановленія объ арендѣ 258—262

2. Сдѣлки ссуды и поклажи.

§ 73. Римскія вліянія; видоизмѣненія римскаго права.—Развитіе depositum irregulare.—Наемъ помѣщеній для храненія цѣнностей 262—265

3 Договоръ личныхъ услугъ.

§ 74. Римская и современная точки зрѣнія на договоръ найма услугъ (рабочій договоръ).—Ремесленныя и перемесленныя услуги.—Отношенія при домашней общности.—Вознагражденіе.—Отношенія порученія (мандата).—Попеченіе о чужихъ дѣлахъ 265—268

§ 75. Театральный ангажементъ.—Аналогія съ арендой 268—269

4. Договоръ подряда.

§ 76. Отличіе отъ найма услугъ и купли будущей вещи.—Отвѣтственность подрядчика за недостатки работы.—Несвоевременное исполненіе заказа.—Издательскій договоръ.—Просрочка принятія со стороны заказчика.—Права заказчика.—Особенности издательскаго договора.—Послѣдствія просрочки принятія заказа . . . 269—273

§ 77.—Сдѣлка о доставкѣ электрической энергіи.—Квалификація сдѣлки, какъ договора подряда.—Взаимныя отношенія сторонъ.—Особенности сдѣлки въ сравненіи съ договоромъ подряда 273—275

в) Сдѣлки мѣнноваго характера, связанныя съ рискомъ.

§ 78. Договоръ страхованія.—Понятіе и историческое развитіе договора страхованія.—Страхованіе отъ убытковъ.—Страхованіе выше стоимости имущества.—Страховой интересъ.—Содержаніе страховаго договора.—Обязанность сообщенія свѣдѣній о застрахованномъ предметѣ со стороны страхователя.—Обязанности страховщика.—Случаи прекращенія страхованія.—Перестра-

ховка.—Страховая премія.—Страховой законъ 30 мая 1908 г. и законъ 12 мая 1901 г. о частныхъ страховыхъ предпріятіяхъ.—Страхованіе на началахъ взаимности 275—283

§ 79. Страхованіе жизни.—Существо и понятіе страхованія жизни.—Сообщеніе наказаній, опредѣляющихъ составъ и качество риска.—Страхованіе жизни, какъ договоръ въ пользу третьихъ лицъ.—Условія отвѣтственности страховщика.—Преміи при страхованіи жизни.—Послѣдствія прекращенія уплаты премій.—Виды страхованія жизни.—Резервы премій.—Право страхователя на резервы премій. 284—289

Книга вторая.

Сложеніе имуществъ (товарищество).

§ 80. Существо договора товарищества въ отличіе отъ мѣновыхъ сдѣлокъ.—Организація товарищества: складочное имущество, взносы.—Прекращеніе товарищества 289—292

§ 81. Промышленные картели.—Тресты 292—294

Книга третья.

Абстрактный договоръ о долгѣ.

§ 82. Абстрактный договоръ въ римскомъ правѣ.—Сомнѣнія, возбуждаемыя абстрактнымъ договоромъ въ современномъ правѣ.—Значеніе абстрактнаго договора.—Приказъ 294—296

§ 83. Поручительство, какъ абстрактный договоръ.—Поручительство въ формѣ мандата.—Привилегіи поручителя въ гражданскомъ уложеніи.—Отношеніе поручителя къ должнику по римскому и современному праву. 296—298

Книга четвертая.

Обязательства, возникающія въ силу созданія долговыхъ документовъ (creatio).

§ 84. Бумаги на предъявителя.—Теорія креаціи и ея значеніе.—Кредиторъ по бумагѣ на предъявителя.—Различіе между кредиторомъ и получателемъ платежа.—

Положеніе процентныхъ купоновъ въ современномъ правѣ.—Изъятіе бумагъ изъ обращенія и объявленіе ихъ ничтожными 298—303

Книга пятая.

1. Обязательства, возникающія въ силу оказанія помощи.

§ 85. Дѣятельность въ чужомъ интересѣ и ея виды.— Обогащеніе другого и веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія.—Совмѣстная дѣятельность въ своемъ и чужомъ интересѣ.—Дѣйствіе въ собственномъ интересѣ съ косвенными выгодами для другихъ 303—305

2. Обязанности къ уравнию и оказанію помощи.

§ 86. Неправомѣрное обогащеніе.—Самоеисправленіе правовыхъ несправедливостей и его случаи 305—309

§ 87. Обязанность къ уравнию.—Мѣры противъ должника, растрачивающаго свое имущество.—Оспариваніе заключенныхъ должникомъ сдѣлокъ 308—311

§ 88. Другіе случаи уравниенія 311—312

3. Реакція противъ недозволенныхъ дѣйствій.

§ 89. Объемъ недозволенныхъ дѣйствій въ гражданскомъ уложеніи.—Поступки противъ добрыхъ правовъ въ частности.—Виды такихъ поступковъ.—Колебаніе чужихъ правъ.—Злоупотребленіе правами 312—316

§ 90. Вина и неосторожность, какъ основанія отвѣтственности.—Непреодолимая сила.—Отвѣтственность за дѣйствія 316—318

§ 91. Отвѣтственность за третьихъ лицъ.—Виды отвѣтственности и способы возмѣщенія вреда 318—320

Д. Семейственное право.

1. Брачное право.

§ 92. Юридическая конструкція современнаго брачнаго союза.—Двоебрачіе.—Надзоръ государства надъ заключеніемъ брачнаго союза 321—322

§ 93. Браки несуществующіе и ничтожныя.—Случаи ничтожности браковъ.—Оспариваніе брачнаго союза въ случаяхъ насилія, обмана или ошибки 323—326

§ 94. Взаимныя отношенія супругов.—Юридическое существо отношеній супругов по уложенію.—Вмѣшательство опекунскаго суда 326—327

§ 95. Разводъ.—Принципъ нерасторжимости брака, его историческое развитіе и ограниченія.—Случаи расторженія брака.—Разводъ по причинѣ тяжелой болѣзни и умопомѣшательства.—Постановленія уложенія о поводахъ къ разводу 327—330

2. Брачное имущество и право.

§ 96. Различныя системы имущественныхъ отношеній у разныхъ народовъ и въ исторіи.—Общность имуществъ въ особенности.—Достоинство и недостатки общности имуществъ.—Общность имуществъ, приобретенныхъ въ бракѣ.—Система пользованія и управленія мужа.—Внесенное имущество жены.—Юридическая природа пользованія и управленія мужа.—Право отчужденія имуществъ жены 330—336

§ 97. Общность имуществъ по гражданскому уложенію.—Виды общности и ихъ особенности.—Система раздѣльности имуществъ.—Способы и условія прекращенія общности имуществъ 336—344

§ 98. Выборъ системы имущественныхъ отношеній. 344—345

3. Родители, дѣти и права родительской власти.

а) Законныя дѣти.

§ 99. Общій характеръ отношеній родителей и дѣтей въ римскомъ правѣ.—Германско-правовое пониманіе этихъ отношеній.—Прекращеніе родительской власти по достиженіи дѣтьми совершеннолѣтія.—Родительская власть матери.—Родительская власть въ гражданскомъ уложеніи 345—349

§ 100. Ограниченія родительской власти.—Наблюденіе за воспитаніемъ дѣтей.—Вмѣшательство опекунскаго суда.—Отобраніе дѣтей отъ родителей и лишеніе родительской власти 349—352

§ 101. Право пользованія имуществомъ дѣтей.—Права и обязанности родителя въ этомъ отношеніи .

§ 102. Право управленія и контроль надъ нимъ со стороны опекунскаго суда 352—354

§ 103. Возникновеніе отношеній между родителями и дѣтьми.—Происхожденіе дѣтей отъ законнаго брака.— Споръ противъ законности рожденія.—Признаніе мужемъ законности рожденія 355—357

б) Внѣбрачныя дѣти.

§ 104. Три системы регулированія положенія внѣбрачныхъ дѣтей въ новомъ правѣ.—Римская система.— Система прусскаго и австрійскаго права.—Французская и новая германская система.—Недостатки новой германской системы.—Права и обязанности отца внѣбрачнаго ребенка 357—360

§ 105. Узаконеніе дѣтей черезъ послѣдующій брак.—Сопричитеніе къ законнымъ дѣтямъ (легитимация), его условія и порядокъ 360—362

в) Искусственное родство.

§ 106. Усыновленіе.—Понятіе.—Права и обязанности, устанавливаемыя усыновленіемъ.—Юридическая природа усыновленія.—Усыновленіе нѣсколькими лицами и усыновленіе супругами.—Отношеніе возраста усыновителя и усыновляемаго.—Прекращеніе усыновленія 362—365

г) Опека.

§ 107. Германско-правовая идея опеки.—Опекунъ, какъ должностное лицо.—Точка зрѣнія прусскаго права.—Постановленія гражданскаго уложенія.—Лица, могущія быть опекунами.—Юридическое положеніе опекуна.—Семейный совѣтъ.—Попечительство 365—368

Е. Наслѣдственное право.

1. Основныя мысли (положеніе наслѣдника).

§ 108. Германско-правовая идея наслѣдованія.—Отвѣтственность наслѣдствомъ.—Наслѣдникъ, какъ управитель наслѣдства 369—370

§ 109. Отношенія нѣсколькихъ наслѣдниковъ.—Долги отдѣльныхъ наслѣдниковъ.—Совокупная отвѣтственность наслѣдниковъ за долги 370—372

§ 110. Обязательное принятіе наслѣдства наслѣдникомъ.—Отреченіе отъ наслѣдства.—Отказъ отъ наслѣдства 372—373

§ 111. Назначеніе поднаслѣдниковъ.—Отличія отъ римскаго права.—Субституціи въ германскомъ и французскомъ правѣ.—Срокъ связанности имущества, обусловленной подпожіемъ 373—375

§ 112. Удостовереніе законности правъ наслѣдника.—Bonorum possessio sine re.—Удостовереніе о наслѣдственныхъ правахъ по уложенію.—Послѣдствія неправильности удостовѣренія 375—376

2. Порядокъ наслѣдованія по закону.

§ 113. Очередь призыва наслѣдниковъ.—Положеніе супруговъ.—Предварительная часть имущества, представляемая супругамъ 376—377

§ 114. Уравненіе наслѣдственныхъ долей.—Формы уравненія въ исторіи и новое время.—Выдѣлъ дѣтей.—Collatio римскаго права.—Даренія въ отношеніи къ уравненію.—Зачетъ издержекъ по воспитанію и образованію.—Способы уравненія.—Зачетъ 377—382

3. Наслѣдованіе въ силу воли завѣщателя.

§ 115. Распоряженіе на случай смерти.—Старое германское воззрѣніе на наслѣдника по волѣ завѣщателя.—Наслѣдство и отказъ 382—383

§ 116. Непосредственность волеизъявленія завѣщателя и исключенія 383—384

§ 117. Форма завѣщаній.—Публичное завѣщаніе и способы его составленія.—Завѣщаніе частное.—Его происхожденіе.—Невыгоды и выгоды частнаго завѣщанія.—Собственноручное завѣщаніе.—Завѣщаніе несовершеннолѣтнихъ 384—386

§ 118. Договоръ о наслѣдованіи.—Значеніе и недостатки этого института.—Содержаніе договора о наслѣдованіи.—Порядокъ оспариванія.—Совокупное завѣщаніе.—Древне-германская мысль, лежащая въ его основаніи.—Смягченіе ея въ гражданскомъ уложеніи.—Оспариваніе завѣщанія 386—389

§ 119. Право отказовъ.—Отказы въ римско-правовой системѣ.—Особенности германскаго права.—Положеніе

кредиторовъ.—Фиденкомиссы и ихъ положеніе въ новомъ правѣ. 389—391

§ 120. Приобрѣтеніе отказа.—Римскій и германскій порядки приобретенья.—*Dies cedens* и *dies veniens*.—Отреченіе отъ отказа 392

§ 121. Лица, участвующія въ отказѣ.—Обремененный отказомъ и надѣленный имъ.—Взаимныя отношенія этихъ лицъ.—Подотказы.—Отказъ, возложенный на нѣсколько наслѣдниковъ.—Отказъ предварительной части (прелегать).—Римское право и германское уложеніе . 393—395

§ 122. Возложеніе обязанностей.—Отличіе отъ отказа.—Лица, управомоченныя на требованіе исполненія обязанности. 395

§ 123. Душеприказчики.—Первоначальное понятіе душеприказчика.—Душеприказчикъ, какъ должностное лицо въ современномъ правѣ.—Функции душеприказчика.—Юридическая конструкція душеприказчества.—Назначеніе душеприказчика 395—397

4. *Мѣры противъ произвола наслѣдодателя (право на неотъемлемую долю).*

§ 124. Историческое развитіе права на неотъемлемую долю въ Германіи и Франціи.—Римская система неотъемлемой доли.—Исторія неотъемлемой доли въ Римѣ.—Постановленіе гражданскаго уложенія . . . 398—400

§ 125. Притязаніе на неотъемлемую долю и ея предоставленіе.—Возникновеніе притязанія.—Разсчетъ неотъемлемой доли.—*Cautela Socini*.—Критика постановленій гражданскаго уложенія 400—402

§ 126. Иски, возникающіе изъ права на неотъемлемую долю 402

§ 127. Неотъемлемая доля и даренія.—Присчетъ дареній къ неотъемлемой долѣ 403

§ 128. Лишеніе неотъемлемой доли.—Римскія постановленія и гражданское уложеніе.—Основанія лишенія.—Двѣ ихъ категоріи.—Прощеніе.—Устраненіе основаній лишенія. 403—406

§ 129. Недостатки института неотъемлемой доли.—Ограниченіе наслѣдника.—Ограниченія расточителей и права пользованія капиталомъ. 406—407

ГРАЖДАНСКОЕ УЛОЖЕНІЕ

ГЕРМАНСКОЙ ИМПЕРІИ

ВЪ ПРОЦЕССЪ ЕГО ОБРАЗОВАНІЯ.

Фр. Бернгефта,

Профессора Ростокскаго университета.

С 1967

ВВЕДЕНИЕ.

1-го января 1900 года вступило въ силу гражданское уложеніе Германской имперіи. Это преобразование, совершившееся къ началу новаго столѣтія, представляетъ собою полный переворотъ во всей правовой жизни Германіи. Въ исторіи германскаго права вообще, можетъ быть, не было другого событія, которое могло бы сравниться, по своей всеобщности и глубинѣ, съ тѣмъ, которое совершилось благодаря введенію въ дѣйствіе общаго гражданского кодекса.

Мнѣнія о достоинствахъ новаго уложенія, въ періодъ его обсужденія, сильно расходились между собою. Рядомъ съ восторженными похвалами слышалось и много выраженій строгаго порицанія. Но по отношенію къ двумъ пунктамъ царило тогда почти общее согласіе. Съ одной стороны всѣ признавали, что въ настоящемъ своемъ видѣ гражданское уложеніе въ высшей степени основательное и добросовѣстное произведеніе, которое смѣло можетъ помѣряться съ всѣми другими подобными трудами новѣйшаго времени. Съ другой стороны всѣ были согласны и въ томъ, что, несмотря на свои достоинства, оно, какъ этого и слѣдовало ожидать въ виду трудности поставленныхъ ему задачъ, страдаетъ какъ въ цѣломъ, такъ и въ отдѣльныхъ частяхъ, значительными недостатками.

Въ виду этого одна группа юристовъ высказывала сомнѣніе въ томъ смыслѣ, что не было ли бы болѣе благоразумнымъ съ точки зрѣнія интересовъ германской правовой жизни, при наличности этихъ недостатковъ, лучше остаться и впредь на нѣкоторое время при прежнемъ состояніи источниковъ права или, по меньшей мѣрѣ, отложить на нѣкоторое время реформу, сдѣлавъ попытку въ третьей редакціи создать кодексъ, стоящій на уровнѣ времени и соотвѣт-

ствующій всѣмъ требованіямъ, которыя могутъ быть предъявлены къ подобнаго рода творенію. Большое же число нѣмецкихъ юристовъ не раздѣляли этихъ сомнѣній. Законодательная власть склонилась къ точкѣ зрѣнія послѣднихъ и въ этомъ направленіи приняла свое рѣшеніе.

Теперь гражданское уложеніе уже дѣйствующій кодексъ. Было бы безцѣльно, поэтому, перечислять заднимъ числомъ все то, что выставлялось въ свое время за и противъ его проектовъ. Для насъ теперь гораздо важнѣе слѣдить за тѣмъ, какое выраженіе гражданское уложеніе найдетъ себѣ въ жизни, а это зависитъ, какъ бы парадоксально это ни звучало, гораздо менѣе отъ его содержанія, нежели отъ того, что въ него влагаетъ и будетъ влагать въ будущемъ юриспруденція и судебная практика. Исторія даетъ намъ достаточно примѣровъ тому, какимъ образомъ на почвѣ даннаго закона можетъ образоваться такое право, о какомъ никогда не думалъ, да и не могъ думать создавшій его законодатель. Наиболѣе извѣстнымъ примѣромъ этого является римское право, развившееся главнымъ образомъ изъ 12 таблицъ. Германское гражданское уложеніе не можетъ избѣжать судьбы всѣхъ тѣхъ законовъ, которые продолжали дѣйствовать при измѣняющихся жизненныхъ отношеніяхъ. Задача судовъ по отношенію къ новому уложенію заключается, разумѣется, прежде всего въ томъ, чтобы примѣнять его согласно его теперешнему смыслу. Но уже и теперь пониманіе закона не должно сообразоваться во всемъ съ его мотивами,—съ тѣмъ, что разумѣлъ при написаніи той или иной статьи такой то членъ коммисіи или такой то ораторъ въ рейхстагѣ. Словамъ закона нужно придавать тотъ смыслъ, который болѣе всего соотвѣтствуетъ теперешнему способу мысленія и потребностямъ нашего времени. Позднѣ юристы будутъ истолковывать его согласно ихъ образу мысленія и потребностямъ ихъ времени.

І. Состояніе германскаго права до изданія уложенія.

Для постройки германскаго права фундаментъ и столбы доставилъ Римъ. Этимъ на германское право наложенъ отпечатокъ такого характера, который не устранить даже будущее уложеніе, и который будетъ проявляться, несмотря на быстроту развитія современной жизни, и въ текущемъ столѣтіи. Это имѣетъ выгоду въ одномъ отношеніи. Для рѣшенія задачи управлять большой,

составленной изъ совершенно различныхъ народовъ, имперіей, римляне возвели юридическое искусство на такую ступень, какой оно до нихъ никогда еще не достигало. Оно остается, поэтому, и донинѣ предметомъ единодушнаго удивленія. Но это техническое совершенство большею частью заставляло забывать тѣ социальныя цѣли, которыми опредѣлилась большая часть содержанія римскаго права.

Само собою разумѣется, что социальныя цѣли, къ достиженію которыхъ стремится законъ, сильно различаются, смотря по природѣ даннаго народа и экономическому положенію, въ которомъ онъ въ данное время находится. Не всѣ классы народа оказываютъ одинаковое вліяніе на развитіе права. Въ правѣ находятъ себѣ выраженіе по преимуществу воззрѣнія тѣхъ сословій, которыя имѣютъ въ немъ наибольшій интересъ. Это не значитъ, что бы они сознательно дѣйствовали здѣсь своекорыстно, но представляется естественнымъ, что каждое сословіе лучше знаетъ свои собственныя нужды, нежели нужды другихъ, и находитъ наиболѣе необходимой помощь закона тамъ, гдѣ оно само страдаетъ.

Въ Римѣ за прежней аграрной эпохой послѣдовала эпоха крупнаго капитализма. Хотя къ концу республики и въ первые годы императорскаго времени огромное число знати были землевладѣльцами, но они давно уже перестали заниматься хозяйствомъ въ своихъ имѣніяхъ. Старыя легенды, подобныя разсказу о Цинцинатѣ, который, будто бы, собственноручно пахалъ землю, пользовались, правда, и въ это время большимъ почтеніемъ, но охотниковъ подражать ему болѣе уже не находилось.

Прежнихъ мелкихъ владѣльцевъ, которые сидѣли когда то на небольшихъ земельныхъ участкахъ (*прекарий*), и которые при патриархальномъ правленіи вели все таки сносное существованіе, хотя землевладѣльцу и принадлежало право удалять ихъ съ земли по своему усмотрѣнію, — прогнали съ ихъ клочковъ земли и ихъ наплывъ увеличилъ столичный пролетаріатъ. Побѣда плебейской партіи, на содѣйствіе успѣху которой они отдали свои послѣднія силы, не послужила имъ на пользу.

Обширность области римскаго владычества и широкій взглядъ новѣйшихъ государственныхъ людей были не только не выгодны для земледѣлія, но прямо вредны. Для возникающей всемірной имперіи было второстепеннымъ вопросомъ, что дѣлаетъ италійскій землевладѣлецъ съ своимъ имѣніемъ. Въ политическомъ отношеніи важна была только столица, а ея населеніе требовало непре-

мѣнно дешеваго хлѣба. Вздорожаніе могло дать поводъ къ опаснѣйшимъ возстаніямъ черни, которая считала себя настоящимъ владыкой міра и поддерживалась въ этомъ мнѣніи льстивыми ораторами. Поэтому была избрана совершенно антиаграрная политика. Началось всяческое покровительство ввозу зернового хлѣба, а верховъ мудрости считалось пониженіе до минимума цѣны зерна. Никто изъ римской знати этому не противорѣчилъ. Существованіе знати не зависѣло главнымъ образомъ отъ доходности земли, которою они обладали. Для нихъ было несравненно важнѣе заслужить сочувствіе низшихъ слоевъ народа, дававшее надежду получать, благодаря популярности, государственныя должности и обогащаться въ качествѣ намѣстниковъ крупныхъ провинцій. Ихъ личный интересъ не побуждалъ ихъ также стремиться къ перемѣнѣ способовъ хозяйства, какъ скоро хлѣбопашество стало невыгоднымъ. Такимъ образомъ возникли латифундіи, которыя управлялись толпами купленныхъ рабовъ, и на которыхъ вновь сталъ пастись скотъ, какъ это было во времена кочевой жизни.

Поэтому римлянамъ осталась чуждой та мысль, что государство и общество имѣютъ интересъ въ поддержаніи доходности имѣній. Въ старомъ правѣ существовали особыя постановленія для поземельныхъ участковъ и главнѣйшихъ предметовъ, необходимыхъ для веденія на нихъ хозяйства, какъ-то для рабовъ, а также и для вьючнаго и упряжнаго скота (*res mancipi*); позднѣйшее преторское право отняло у нихъ практическое значеніе. Новѣйшая тенденція рѣшительно склонялась къ правовой мобилизаціи земли, и если не обращать вниманія на нѣкоторые остатки старины, сохранившіеся до позднѣйшаго времени, эта цѣль была вполне достигнута. Получилась возможность продавать и закладывать земельные участки тѣмъ же порядкомъ, какъ движимыя вещи; собственники могли по своему усмотрѣнію дѣлить ихъ до безконечности. Недвижимости сдѣлались такимъ же товаромъ, какъ и все другое.

Полная свобода оборота сдѣлалась также и основнымъ принципомъ обязательственнаго права.

Долгій опытъ убѣждаетъ въ томъ, что на развитіе права оказываютъ особенно энергичное воздѣйствіе важнѣйшіе интересы оборота данного времени. Сумѣло же, напр., германское купеческое сословіе добиться особаго права, соотвѣтствующаго его потребностямъ. Римляне достигли другимъ путемъ того же, и не менѣе удачно. Они не создавали особаго торговаго права, они даже мало внесли перемѣнъ въ традиціонную систему договоровъ, но они оживили старыя

формы новымъ духомъ. Понятіе „*bona fides*“ послужило средствомъ къ преобразованію всего обязательственнаго права согласно новымъ потребностямъ. Толкованіе соглашеній отрѣшилось отъ буквального смысла словъ и принимало во вниманіе только дѣйствительныя намѣренія сторонъ, вступившихъ въ соглашеніе; традиціонныя правовыя правила, возникшія въ періодъ односторонней формальной юриспруденціи, теперь отжившей свой вѣкъ, были ограничены или измѣнены соотвѣтственно практическимъ потребностямъ („*utilitas*“), и всякій кто хотѣлъ бы, опираясь на устарѣвшія правовыя положенія, осуществить свою претензію, противорѣчащую современнымъ воззрѣніямъ, натолкнулся бы на *exceptio doli*. Чрезвычайно интересно наблюдать, какъ каждое новое поколѣніе истолковываетъ и видоизмѣняетъ старыя правовыя положенія, какъ, напр., Юліантъ—мнѣнія Лабеоны, Ульпіантъ—воззрѣнія Юліана. Экономическія и духовныя силы получили просторъ для безграничной дѣятельности. Уже въ предшествующемъ періодѣ не считалось неправомѣрнымъ послѣдовательное осуществленіе собственныхъ интересовъ, если бы это даже совершалось въ ущербъ другимъ; это осталось неизмѣннымъ и теперь. Такія положенія, какъ „*qui jure suo utitur, neminem laedit*“, „*jus vigilantibus scriptum est*“, „*in emtionibus et venditionibus circumscribere licet*“, достаточно доказываютъ, что защита слабыхъ не входила въ цѣли права того времени, и что послѣднее не имѣло своей задачей препятствовать эгоистической наживѣ, обусловленной умственнымъ или экономическимъ превосходствомъ. Однако эта нажива могла доходить только до предѣловъ, допускаемыхъ требованіями дѣловаго оборота; кто преступалъ эти предѣлы, тотъ дѣйствовалъ противно „*bona fides*“.

Граница была весьма тонкая, и намъ, новѣйшимъ людямъ, не всегда бываетъ легко вѣрно установить разницу между дозволеннымъ и даже поощряемымъ „*circumscribere*“, съ одной стороны, и позорящимъ „*dolo facere*“—съ другой.

Впрочемъ, и въ это время охотно сохраняли изъ стараго права все, что казалось годнымъ къ употребленію и теперь. Чрезмѣрно строгое долговое права стараго времени было нѣсколько смягчено, но оно, какъ и прежде, продолжало стремиться только къ тому, чтобы всѣми средствами, безпощадно принудить должника къ исполненію обязательства. Ничто не ограничивало права кредитора захватить должника; несостоятельному должнику, кромѣ того, грозилъ позоръ, который означалъ ничто иное, какъ потерю общественнаго положенія. Гражданскій процессъ, какъ и прежде, покровительство-

валь богатымъ преимущественно передъ бѣдными. Постоянное требованіе обезпеченій (cautiones), которое предъявлялось въ процессѣ истцу, а главнымъ образомъ отвѣтчику, было легко осуществимо для перваго—для послѣдняго же было часто совершенно неисполнимо, и это тѣмъ болѣе, чѣмъ дороже оцѣнивался предметъ спора. А невозможность представить обезпеченіе, требуемое закономъ, означала для отвѣтчика невозможность защиты, такъ что онъ даже изъ за совершенно неосновательной претензіи подвергался безъ всякой пощады осужденію. Основанія, по которымъ можно было требовать обезпеченія, были весьма различны. Отвѣтчики, которые позволили довести себя до конкурса, были обязаны во всѣхъ случаяхъ предоставлять такія обезпеченія, если хотѣли быть оправданными.

Тѣ части права, которыя были безразличны для дѣлового оборота, развились необыкновенно мало. Семейное право сохранило въ главныхъ чертахъ ту форму, какую оно получило во-второй половинѣ республиканскаго времени: осталась отцовская власть, имущественная неспособность дѣтей; исключенія допущены только для сыновей, которые были солдатами. Еще древнѣе было право наслѣдованія безъ завѣщанія. Кромѣ того, что мать и дѣти получили взаимное наслѣдственное право, ничего не было измѣнено. Зажиточный римлянинъ нисколько не былъ въ этомъ заинтересованъ; онъ всегда по обычаю своей страны составлялъ свое завѣщаніе и потому всегда былъ въ состояніи исправить безъ затрудненія недостатки постановленій закона о наслѣдованіи.

Совершенно другую картину представляетъ христіанская императорская эпоха. Защита слабого противъ обездоленія становится въ дѣйствительности сознательнымъ стремленіемъ законодательства этого періода. Теперь думаютъ уже не о томъ, чтобы дать кредитору возможно болѣе энергичныя принудительныя средства для осуществленія его права, но о томъ, чтобы облегчить положеніе угнетаемаго должника.

Большое число отдѣльных постановленій очевидно преслѣдовало эту цѣль; затрудненіе продажи заложенной вещи и другія привилегіи должника по залому, *beneficium dationis in solutum*, ограниченіе требованій о возмѣщеніи убытковъ, самое большое, двойной стоимостью первоначальнаго долга, введеніе *cessio bonorum*, которая бы по меньшей мѣрѣ смягчала при несчастной несостоятельности наиболѣе суровыя послѣдствія конкурса, образованіе *beneficium competentiae* и т. д. Сродную съ этимъ тенденцію преслѣдовали и дополнительные привилегіи, которыя имѣли своей задачей обезпечить женщинамъ обладаніе ея приданымъ.

Не подлежит, конечно, сомнѣнію, что эти мѣры часто шли дальше своей цѣли; часто тѣ постановленія, которыя должны были защитить впаваго въ несостоятельность, отнимали у тѣхъ, которымъ грозила подобная участь, послѣдній кредитъ, могущій ихъ спасти. Вымирающая юриспруденція послѣ діоклетіановскаго періода не была достаточно жизненна для того, чтобы радикально преобразовать старое право и точно взвѣснить послѣдствія вводимыхъ теперь правовыхъ положеній; поэтому указанныя нововведенія носятъ большею частью характеръ чего то произвольнаго и случайнаго и имѣютъ въ системѣ римскаго права видъ пестрыхъ заплатъ на одеждѣ другого цвѣта. Но они всегда выказываютъ искреннее намѣреніе уменьшить возрастающую нужду низшихъ классовъ народа, и отъ искаженнаго латинскаго языка и напыщенныхъ фразъ позднѣйшаго законодательства вѣетъ часто истинно гуманнмъ духомъ.

Каноническое право въ очень немногихъ пунктахъ вошло въ частное право и это, конечно, послужило къ выгодѣ развитія права.

Тѣсная связь между религіей и правомъ вообще вредна; кто-нибудь изъ нихъ непременно долженъ при этомъ пострадать. Потому что или религія должна приблизиться къ мірскимъ интересамъ, или право—одухотвориться, а ни то, ни другое не хорошо. Религія ставитъ идеальныя требованія, которымъ вообще не можетъ удовлетворить средній человѣкъ; съ своей точки зрѣнія она имѣетъ, конечно, полное право требовать, чтобы человѣкъ изъ высшихъ основаній отказывался отъ прочно обоснованныхъ правъ, чтобы онъ выносилъ терпѣливо иго сдѣлавшагося фактически невозможнымъ брака, даже чтобы онъ добровольно принималъ на себя незаслуженный стыдъ и позоръ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ она отказывается отъ того, чтобы проводить въ жизнь свои основные принципы какъ общеобязательныя правила поведенія. Она это можетъ, потому что ея царство не отъ міра сего. Право же есть нѣчто совершенно мірское, оно должно быть рассчитано на среднихъ людей, должно соответствовать ихъ нуждамъ и принимать во вниманіе ихъ требованія. Какъ скоро оно дѣлается невыносимымъ, оно, какъ право, теряетъ всякую цѣну.

Строго-церковная точка зрѣнія почти необходимо создаетъ презрѣніе къ жизненнымъ интересамъ и недостаточное ихъ пониманіе. Важнѣйшія потребности оборота и даже вопросы, касающіеся существованія цѣлаго государства естественнымъ образомъ утрачиваютъ свое значеніе, если ихъ разсматривать съ идеальной высоты ре-

лигии. Такимъ образомъ объясняется каноническое запрещеніе процентовъ, которое церковь старалась поддерживать всѣми чрезвычайными средствами своего могущества, и которое только потому не утвердилось, что было фактически невыполнимо.

Мы познакомились съ римскимъ правомъ, благодаря такъ наз. глоссаторамъ, которые преподавали его въ 12 и 13 столѣтіяхъ въ верхнеитальянскихъ университетахъ. Тогдашнихъ ученыхъ привлекала исключительно формальная сторона, великое техническое совершенство римскаго права; историческое изслѣдованіе отступало на задній планъ, а оцѣнки экономическаго значенія правовыхъ явленій нѣтъ и совсѣмъ слѣдовъ. И въ самомъ дѣлѣ, вполнѣ понятно, что въ эпоху, когда научное познаніе стояло на самомъ низкомъ уровнѣ, знакомство съ логически развитой правовой системой, удовлетворяющей самымъ сложнымъ потребностямъ оборота, должно было дѣйствовать прямо ослѣпляющимъ образомъ. Римское право рассматривалось поэтому, конечно, не какъ историческій продуктъ, не какъ осадокъ возрѣній, экономическихъ и общественныхъ отношеній извѣстной, политически объединенной группы народовъ, но какъ кодификація естественнаго права, какъ „ratio scripta“.

Какъ извѣстно, этотъ взглядъ больше всего способствовалъ рецепціи римскаго права въ Германіи; его слѣдуетъ считать и ея истиннымъ, внутреннимъ основаніемъ. Онъ же сильнѣе всего способствовалъ разрушенію содержанія германскаго права, ибо то, что сохранилось отъ него до позднѣйшаго времени, было имъ заклемено, какъ мужицкая привычка и неразумный обычай, который лучше всего уничтожить въ интересахъ наиболѣе успѣшнаго развитія права.

Замѣчательно то, что столѣтія, въ теченіе которыхъ совершалась рецепція римскаго права, ничего не замѣтили изъ протекавшаго на ихъ глазахъ великаго историческаго процесса. Это событіе происходило такъ медленно, что совершенно ускользало отъ современниковъ. Изъ той идеи, что римское право есть наиболѣе разумное въ высшемъ смыслѣ этого слова право, создался обычай ссылаться на него въ интересахъ защиты своихъ собственныхъ взглядовъ,—особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда нельзя было доказать существованія мѣстныхъ правовыхъ обычаевъ. Благодаря этому при мѣненіе римскаго права распространялось все шире и шире, а отсюда постепенно укрѣпляется мнѣніе, что оно вообще является дѣйствующимъ правомъ.

Все это переходило изъ одного въ другое такъ постепенно, что едва можно отмѣтить отдѣльные выдающіеся пункты развитія, да и процессъ этотъ совершался отнюдь не одинаково въ городѣ и въ деревнѣ, на сѣверѣ и на югѣ. Большею частью рецепція считается закончившейся къ концу XV вѣка или въ срединѣ XVI; въ дѣйствительности она еще продолжалась и позднѣе. Какъ только утвердилось то положеніе, что *Corpus juris civilis* есть дѣйствующее право, каждое болѣе глубокое проникновеніе въ его содержаніе и новое его пониманіе служили къ проведенію въ жизнь тѣхъ римскихъ принциповъ, которые еще не примѣнялись. Въ этомъ смыслѣ процессъ рецепціи тянется еще и до послѣдняго времени.

Возрѣнія юристовъ все интензивнѣе проникались римскими идеями и такимъ образомъ произошло то, что вообще все наше юридическое мышленіе—даже въ германско-правовыхъ дисциплинахъ—носитъ яркій романистическій характеръ. Многіе изъ германистовъ рассматриваютъ римскія понятія, какъ образцы для всего свѣта. Старая идея „*ratio scripta*“ все еще жива.

При описанныхъ обстоятельствахъ болѣе чистое знаніе римскаго права не всегда было выгодно для развитія права, потому что благодаря ему мышленіе юристовъ еще болѣе удалялось отъ возрѣній обыкновенныхъ гражданъ. Какое нибудь положеніе римскаго права, которое прежде понималось наивнымъ образомъ, сообразно съ національными германскими представленіями и, благодаря этому, произвольно примѣнялось къ потребностямъ текущей жизни, послѣ того, какъ выяснялся его истинный смыслъ, начинало входить въ жизнь соотвѣтственно этому своему первоначальному значенію. Пропастъ между юристами и обыкновенными гражданами становилась вся глубже по мѣрѣ того, какъ первые постепенно развивали научное пониманіе римскаго права и все болѣе и болѣе осваивались съ кругомъ его идей.

Въ болѣе полномъ видѣ были редицированы римскіе принципы, общія правила и въ общемъ цѣлая система римскаго права и при томъ въ такой полнотѣ, что даже должны были прилаживать къ ней уцѣлѣвшіе институты германскаго права. Вскорѣ послѣ этого было принято съ нѣкоторыми измѣненіями обязательственное право. Были устранены, конечно, римскіе формальные договоры; произошло даже дальнѣйшее развитіе въ томъ направленіи, что ввели принципъ общеобязательности безформенныхъ договоровъ. Творческая сила идей германскаго права не простиралась, однако, такъ далеко, чтобы поставить на мѣсто римскихъ вербальныхъ дого-

воровъ, которые не могли быть реципированы, такъ какъ не имѣли никакой почвы въ нѣмецкомъ правовомъ быту, письменные договоры. Это обстоятельство въ особенности поучительно для оцѣнки рецепціи, потому что вербальные договоры фактически уже и въ римскомъ правѣ сдѣлались письменными, такъ какъ по установившемуся обычаю на всякую стипуляцію составлялся документъ. Еслибы въ Германію переходило живое право, тогда ближе всего было бы удержать изъ него указанную письменную форму договоровъ, замѣнивъ только связанную съ стипуляціей формулу: „*stipulatus est ego spondi*“ составленнымъ въ иныхъ словахъ торжественнымъ общеніемъ. Результатомъ этого было бы то, что письменные договоры имѣли бы подобно римскимъ стипуляціямъ общеобязательную силу, а другіе договоры тогда только, когда бы они подошли подъ типъ римскихъ договоровъ. Но реципировали не римское право, но только понятое теоретически содержаніе *Corpus'a juris*, какъ такое.

О семейномъ правѣ при ближайшемъ разсмотрѣніи должно сказать, что оно осталось большею частью германскимъ. И что еще важнѣе, всѣ наши воззрѣнія въ существѣ дѣла остаются германскими. Римское семейное право уже въ позднѣйшее императорское время и, именно, благодаря Юстиніану, сбросило съ себя нѣкоторымъ образомъ свой архаическій характеръ и пріобрѣло нѣсколько обновленныхъ формы, но даже и въ этихъ формахъ оно было въ Германіи всегда чуждо. По германскому праву сынъ выходилъ изъ подъ отцовской власти, когда дѣлался экономически самостоятельнымъ. При дѣйствіи этого правила римское семейное право теряло свое главное основаніе, выражающееся въ принципиальномъ признаніи отцовской власти продолжающейся пожизненно, а, вслѣдствіе этого видоизмѣненія и другія римскія постановленія получаютъ совершенно новое значеніе. Теперь полномочія отца стали только слѣдствіемъ естественной зависимости сына и кончаются вмѣстѣ съ ней. Равнымъ образомъ и многое другое изъ постановленій римскаго права остается еще для насъ непонятнымъ. Нѣмецкіе студенты до сего дня упорно отказываются понятія „сынъ дома“ и „несовершеннолѣтній“ считать различными и запомнить, что по общему римскому праву сынъ дома можетъ быть совершеннолѣтнимъ, а несовершеннолѣтній—*homo sui juris*.

Къ счастью еще менѣе могло къ намъ проникнуть брачное имущественное право.

Ошибка юристовъ, состоящая въ томъ, что они за юридической

конструкціей института не хотѣли знать его реальнаго осуществленія въ жизни, привела ихъ къ заблужденію, что будто бы въ римскомъ правѣ женѣ предоставлялось всегда свободно распоряжаться всѣмъ ея имуществомъ. При этомъ упустили изъ вида то, что такого рода положеніе совершенно противорѣчило возрѣнію римлянъ на бракъ, какъ на нераздѣльную общность жизни. Понятіе объ имуществѣ, находящемся въ свободномъ распоряженіи жены (*Vorbehaltsgut*) было, правда, принято въ ихъ систему брачнаго права, но оно было такъ чуждо ихъ возрѣнію, что они должны были ввести для его обозначенія греческое слово (*παράφερνα*), и что одинъ изъ юристовъ старался объяснить его съ помощью ссылки на галльское право. Въ дѣйствительности римскимъ принципомъ является не раздѣльность имущества обоихъ супруговъ, а договорное соглашеніе между самими супругами или ихъ домовладыками объ урегулированіи ихъ имущественныхъ отношеній. Заботились о томъ, чтобы создать постановленія на всевозможные случаи, касающіеся всего имущества обоихъ супруговъ, даже и будущія поступленія, послѣднія въ той формѣ, что они теперь записывались, какъ *dos*, но что ихъ нельзя требовать до смерти тестя. Если нѣсколько позднѣе жена получала имущество со стороны, то, конечно, она могла имъ свободно распоряжаться, но въ ея интересахъ было, чтобы она употребляла его, какъ *dos*, на цѣли брака; въ противномъ же случаѣ, если супруги никакъ не могли придти къ соглашенію относительно имущества, то въ ихъ распоряженіи находилось послѣднее средство, состоящее въ свободномъ расторженіи брака. Такимъ образомъ, основнымъ предположеніями для правильнаго функціонированія римской системы имущественныхъ отношеній между супругами были: распространенный у римлянъ обычай заключать брачные договоры и, затѣмъ, свободная расторгимость брака. Ни тотъ, ни другая не были восприняты въ Германіи; поэтому здѣсь возникло свое особое имущественное право, основанное на принципѣ раздѣленія имущества. Нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что это право еще менѣе соответствовало германскимъ бытовымъ отношеніямъ, чѣмъ римскимъ, если бы оно въ дѣйствительности примѣнялось въ Римѣ. Германское право, поэтому, энергично реагировало противъ него. Различными средствами и при помощи разнообразныхъ юридическихъ конструкцій оно пыталось создать другія системы, которыя единодушно преслѣдовали одну и ту цѣль—достичь соединенія имущества путемъ закона, въ противоположность римлянамъ, осуществлявшимъ ее

обыкновенно съ помощью договора. Но при этомъ они совершенно выступили изъ круга римскихъ идей, такъ какъ признаніе права, принадлежащаго отдѣльнымъ супругамъ на общее имущество,—нельзя закрѣпить въ римскихъ понятіяхъ.

Меньшую способность сопротивленія выказало германское наследственное право. Правда, и въ этой области сохранился цѣлый рядъ отдѣльных германско-правовыхъ институтовъ, но и они были вполне проникнуты римскимъ духомъ, какъ, напр., принципъ универсальнаго преемства, дробленія наследства по идеальнымъ частямъ, приобрѣтеніе наследства путемъ присоединенія, личная отвѣтственность наследника. Искусственныя конструкции римлянъ были восприняты и примѣнялись къ жизни безъ всякой критики,—не провѣряя того, соответствуютъ ли онѣ еще современнымъ отношеніямъ.

Жестокая борьба между германскими и римскими принципами возгорѣлась въ области вещныхъ правъ на недвижимость. Въ этой области сильнѣе всего проявляется принципиальная противоположность между тѣмъ и другимъ правомъ.

По германскимъ воззрѣніямъ недвижимость не представляетъ собою дѣлимаго по усмотрѣнію и свободно отчуждаемаго товара. Это цѣльная, предназначенная для опредѣленныхъ хозяйственныхъ цѣлей, вещь, которая должна сохранять свое экономическое назначеніе не только въ интересахъ настоящаго владѣльца, но еще болѣе въ интересахъ настоящихъ и будущихъ поколѣній. Эта цѣль достигалась постановленіями о нераздѣльности имѣній и ограниченіи отчужденія, особымъ порядкомъ наследованія, отказомъ отъ права на имущества при жизни и тому подобными институтами, которые, будучи подведены подъ римскую систему, размѣщены въ ней по различнымъ мѣстамъ, а потому часто и трудно распознать тѣсное родство ихъ между собою. Точно также и по отношенію къ правамъ на чужія вещи римскія и германскія воззрѣнія рѣзко противоположны другъ другу. Для первыхъ служить мѣриломъ интересъ собственника; поэтому въ римскомъ правѣ развился только одинъ видъ этого рода правъ, сфера примѣненія котораго при томъ была, насколько возможно, ограничена, а именно сервитуты. Германскому же праву извѣстно огромное количество сервитутныхъ правъ и, кромѣ того, въ немъ разнобразіи поземельныя повинности (Reallasten). Извѣстно, что эти послѣднія часто были вредны или же обременительны при веденіи хозяйства, что ихъ невыгодныя стороны осо-

бенно были ощутительны при перемѣнахъ въ системѣ хозяйства, требуемыхъ временемъ, и что при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ благодаря имъ вообще невозможенъ никакой прогрессъ въ сельскомъ хозяйствѣ. Убытокъ собственника, переведенный на деньги, можетъ превышать на много разъ выгоду управомоченнаго. Поэтому весьма понятно, что въ интересахъ хозяйственнаго преемства требовалось ихъ полное уничтоженіе, и на этотъ путь законодательство въ дѣйствительности вступаетъ. Однако при этомъ большею частью слишкомъ мало обращаютъ вниманія на обратную сторону дѣла. На самомъ же дѣлѣ только благодаря этимъ правомочіямъ болѣе мелкіе участки земли, какъ, напр., дворовые и земледѣльческіе участки сельскихъ рабочихъ и даже крестьянскія имѣнія и становятся способными къ веденію хозяйства и даютъ возможность существованія опредѣленному числу семей. Выкупная сумма, уплачиваемая взаменъ этихъ правомочій, далеко не всегда является дѣйствительнымъ возмѣщеніемъ понесеннаго ущерба, даже если она и очень высока, особенно при постоянно возрастающихъ цѣнахъ. Представимъ себѣ, напр., правомочіе на дрова какой нибудь бѣдной крестьянской общины изъ расположенной выше горной деревни. Если цѣль обладанія землею видѣть не въ томъ, чтобы она обезпечивала отдѣльнымъ владѣльцамъ наивозможно высокую поземельную ренту, а въ томъ, чтобы она давала людямъ возможность существовать, то можно при извѣстныхъ обстоятельствахъ требовать сохраненія поземельныхъ повинностей даже и тогда, когда оно наноситъ владѣльцу земли очень большой убытокъ.

Въ общемъ, вліяніе римскаго права, прямое или косвенное, на германскую организацію обладанія недвижимостями, гдѣ оно проявлялось, было по большей части пагубно. Въ теоріи оно привело къ романизирующему направленію, которое считало поземельныя повинности особымъ родомъ обязательствъ, какъ это дѣлаетъ, напр., выдающійся германистъ Герберъ. Еще вреднѣе было низведеніе крестьянскаго владѣнія къ *jus in re aliena* въ римскомъ смыслѣ этихъ словъ или же къ просто обязательственному отношенію, которое квалифицировалось какъ временная аренда. Послѣдствіемъ этого было доведенное до возможной степени ограниченіе крестьянскихъ правъ пользованія и даже, въ значительномъ объемѣ, конфискація крестьянскихъ владѣній. Этотъ процессъ проходилъ различныя формы въ разныхъ мѣстностяхъ и государствахъ, но нигдѣ не привелъ къ благосостоянію населенія.

При разрушительномъ вліяніи римскаго права могли сохраниться

только отдѣльные германскіе институты. Но и эти послѣдніе получили развитіе лишь по отдѣльнымъ мѣстностямъ въ статутахъ, городскихъ правахъ и другихъ мѣстныхъ источникахъ права, а потому и были лишены общаго значенія. Общимъ правомъ было по преимуществу римское съ нѣкоторыми измѣненіями, которыя были по необходимости вызваны мѣстными отношеніями. Поскольку возникали особенныя кодификаціи, онѣ были полны пробѣловъ, не обнимали всѣхъ отношеній и предоставляли римскому праву, которое и при ихъ дѣйствіи сохраняло субсидіарное значеніе, чрезмѣрно большой просторъ для примѣненія. При этомъ сами кодификаціи были по большей части проникнуты римскимъ духомъ.

На новый путь вступила Пруссія. Еще въ концѣ XVIII столѣтія возникло *Прусское земское право*, кодексъ, обнимающій гражданское право Пруссіи въ его цѣломъ объемѣ, и исключившій изъ области своего примѣненія общее право. Далѣе, во время французскаго господства въ земляхъ, перешедшихъ къ Франціи, былъ введенъ *Кодексъ Наполеона*, который сохранилъ въ нихъ свою силу и тогда, когда онѣ снова стали нѣмецкими. Затѣмъ этотъ же кодексъ въ нѣмецкомъ переводѣ съ нѣкоторыми добавленіями опубликованъ въ качествѣ баденскаго земскаго права. Австрія выдѣлилась изданіемъ *Австрійскаго гражданскаго уложенія*, а Саксонія—*Гражданскаго уложенія для Саксонскаго королевства*.

Общее право послѣ этихъ кодификацій оставалось дѣйствующимъ: въ *новыхъ прусскихъ провинціяхъ*, въ *Шведской части Помераніи* и нѣкоторыхъ прусскихъ округахъ; въ *Баваріи*, за исключеніемъ Пфальца, княжествъ Ансбаха и Байрета и нѣкоторыхъ болѣе мелкихъ мѣстечкахъ; въ *Виртембергѣ*; въ *великомъ герцогствѣ Гессенскомъ*, за исключеніемъ Гессена на Рейнѣ; въ *Мекленбургѣ-Шверинѣ* и *Мекленбургѣ-Стрелицѣ*; почти во всемъ *Саксенѣ-Веймарѣ* и *Ольденбургѣ*; въ *средне германскихъ герцогствахъ и княжествахъ* и въ *трехъ свободныхъ городахъ*; въ общемъ—на площади съ $16\frac{1}{2}$ милліоновъ жителей.

Прусское мѣстное право 1794 года дѣйствовало въ *старыхъ прусскихъ провинціяхъ* и въ восточной Фризландіи, въ *Анебахѣ* и *Байретѣ*, въ общемъ на площади съ 21 милл. жителей.

Наполеоновскій кодексъ 1804 г. дѣйствовалъ въ *земляхъ, лежащихъ на лѣвомъ берегу Рейна* и въ *Баденѣ* въ качествѣ *Баденскаго земскаго права*, на площади съ $8\frac{1}{2}$ милл. жителей.

Саксонское гражданское уложеніе 1863 г. дѣйствовало въ *королевствѣ Саксонскомъ*, обнимавшемъ около $3\frac{1}{2}$ милл. жителей.

Вышеприведенное сопоставленіе, сдѣланное впрочемъ только очень суммарно, достаточно указываетъ уже на политически-правовую раздробленность Германіи. Въ дѣйствительности же пестрота дѣйствовавшего до изданія гражданскаго уложенія права была безконечно большею, нежели можно судить по вышесказанному. Прусское земское право въ области своего примѣненія не вездѣ имѣло полную силу,—въ болѣе же крупныхъ правовыхъ областяхъ дѣйствуетъ необозримое множество провинціальныхъ статутовъ, городскихъ и другихъ особенныхъ правъ, такъ что германская *правовая* карта была значительно пестрѣе, нежели *политическая*. Иногда граница правовой области проходила между городомъ и деревней или даже черезъ одинъ домъ. Жители одного города часто были раздѣлены юридически, такъ какъ для разныхъ классовъ дѣйствовали разные права. Подобное правовое состояніе возникло въ Германіи въ глубокой древности и благодаря изданію партикулярныхъ кодексовъ скорѣе было ухудшено, чѣмъ улучшено.

Партикулярныя права равнымъ образомъ не только не способствовали развитію національной науки, какъ на это рассчитывали при ихъ кодификаціи, но даже препятствовали этому развитію. Въ описанной путаницѣ правъ общее римское право образовало соединительную связь, и на него, поэтому, направилась главнѣйшая научная разработка. А такъ какъ при ней все рѣшалось по чужимъ, написаннымъ на чужихъ языкахъ и возникшимъ при совершенно иныхъ отношеніяхъ кодексамъ, то вниманіе ученыхъ направилось на старину, которая не имѣла серьезнаго значенія, и отвортилось отъ требованій современной жизни. Появилась наука, занятая антикварными изслѣдованіями или абстракціями и тонкими различеніями, но совершенно отдалившаяся отъ дѣйствительности. Когда кто нибудь доказывалъ существованіе въ *Corpus juris* какого нибудь юридическаго положенія, оно безъ дальнѣйшихъ разсужденій примѣнялось на практикѣ. Вопросъ о томъ,—подходить ли оно такъ же и къ современнымъ нѣмецкимъ отношеніямъ, показался бы не только излишнимъ, такъ какъ дѣйствіе римскаго права стояло внѣ сомнѣній, но и прямо-таки ненаучнымъ. Задачей юриспруденціи считалось исключительно историческое и догматическое изслѣдованіе теоретическаго содержанія правовыхъ положеній, строгое опредѣленіе понятій и построеніе логически правильно распределенной системы. Вопросъ о дѣлсообразности закона и экономическомъ его значеніи считался совершенно празднымъ.



Это направлєніє явно выступило на первый планъ уже у того великаго ученаго, который наложилъ свой отпечатокъ на всю юриспруденцію XIX столѣтія. Рѣдко встрѣчается у одного человѣка столько дарованій, какъ у Фридриха Карла ф. Савиньи. Онъ обладалъ совершенно необычными знаніями во всѣхъ областяхъ содержанія права, которыя давали ему полное господство надъ всей системой права, убѣдительною діалектикой, яснымъ и точнымъ изложеніемъ и удивительно изящнымъ слогомъ. Кого не убѣждали его доводы, того подкупалъ его стиль. Но основой всѣхъ его изслѣдованій служить преобладающимъ образомъ римское право; современныя отношенія имъ почти совсѣмъ не принимаются въ соображеніе или принимаются только вскользь. Лишь въ исключительныхъ случаяхъ на нихъ обращается преимущественное вниманіе. Для его метода характерно его ученіе объ ошибкѣ, которое благодаря тонкой діалектической разработкѣ казалось неопровержимымъ, но тѣмъ не менѣе оказалось совершенно неподходящимъ при первомъ же изъ важнѣйшихъ практическихъ примѣненій его къ жизни.

На позднѣйшую юриспруденцію оказали гораздо болѣе вліянія недостатки, нежели достоинства трудовъ Савиньи. Вниманіе ученыхъ еще болѣе сосредоточилось исключительно на правахъ положеніяхъ, разработанныхъ уже римлянами; діалектика стала еще мелочивѣе и хитроумнѣе, а мѣсто блестящаго стиля Савиньи у многихъ изъ его послѣдователей появился тяжелый, педантическій и съ трудомъ понимаемый языкъ. Все болѣе и болѣе развилось то направлєніе, которое рѣзко заклеимилъ Герингъ въ своемъ „Scherz und Ernst“, какъ „Begriffsjurisprudenz“—„юриспруденцію понятій“ или догматическую схоластику—характеристика, не приведшая, однако къ какимъ нибудь послѣдствіямъ.

II. Происхожденіе гражданскаго уложенія.

Идея единаго германскаго права не нова. Уже Тибо возбудилъ вопросъ объ его составленіи непосредственно по окончаніи освободительной войны. Но тогда Савиньи выступилъ противъ этого предложенія съ рѣшительнымъ протестомъ, отрицая у новѣйшаго времени всякое призваніе къ законодательству. Послѣ этого надолго замолкли голоса, требовавшія единства права. Только въ срединѣ столѣтія, во время революціи 1848 г., получилъ силу *общій германскій вексельный уставъ*, а позднѣе, въ 1860 г., *общее германское торговое уложеніе*.

Попытка кодифицировать также и обязательственное право, потерпѣла крушеніе, когда въ 1868 г. распался германскій союзъ.

Въ конституціи сѣверно-германскаго союза къ законодательству, подлежащему компетенціи этого союза, были отнесены только обязательственное, уголовное, торговое и вексельное права, а также процессуальныя постановленія. Предложеніе распространить компетенцію союза на все гражданское право было однако, отвергнуто тогда незначительнымъ большинствомъ. Въ 1869 году оно было снова поставлено на очередь и было принято уже огромнымъ большинствомъ, но не одобрено союзнымъ совѣтомъ. Послѣ основанія германской имперіи, оно было опять внесено на обсужденіе въ рейхстагъ и, наконецъ, получило въ 1873 г. согласіе союзнаго совѣта. 20 декабря 1873 г. это предложеніе стало закономъ. Этимъ была проложена свободная дорога къ созданію общаго гражданского права Германіи. Уже въ слѣдующемъ году союзный совѣтъ назначилъ комиссію, составленную изъ 5 выдающихся юристовъ, т. н. „предварительную комиссію“, которая должна была высказать мотивированное мнѣніе относительно плана и метода работы. Докладъ комиссіи послѣдовалъ безъ замедленія и былъ одобренъ постановленіемъ союзнаго совѣта 22 іюня 1874 года.

Цѣлью всей реформы поставлено было достиженіе, прежде всего другаго, единства права. Это единство должно было быть создано на почвѣ существующаго права. Въ это время были далеки отъ мысли требовать освобожденія отъ вліянія римскаго права или еще болѣе дальнѣйшаго развитія права въ направленіи, намѣчавшемся новѣйшими соціально-политическими точками зрѣнія. Предварительная комиссія опредѣлила задачу предварительныхъ работъ для созданія гражданского кодекса такимъ образомъ: „изслѣдованіе дѣйствующаго права съ точки зрѣнія цѣлесообразности, внутренней истинности и послѣдовательности“; разсмотрѣніе вопроса о томъ, насколько подлежатъ сохраненію постановленія, несогласныя съ общимъ римскимъ правомъ, или поскольу ихъ слѣдуетъ согласовать между собою; наконецъ проведеніе ихъ въ законъ формально корректнымъ способомъ. Народъ не принималъ во всемъ этомъ дѣлѣ никакого участія. Хотя на сѣверѣ и на югѣ идея единого національнаго права и была принята съ сочувствіемъ, но по отношенію къ способу, какимъ она должна была быть осуществлена, держались того мнѣнія, что это вопросъ специально-юридическій.

По постановленію союзнаго совѣта 2 іюля 1874 года была

назначена коммисія изъ 11 юристовъ для выработки проекта гражданскаго уложенія. Эта коммисія собралась 17 сентября подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя имперскаго высшаго коммерческаго суда д-ра Папе и приступила къ своему дѣлу безъ всякаго шума. Работы коммисіи велись въ тщательно охраняемой тайнѣ, и только совершенно отрывочныя свѣдѣнія дѣлались достояніемъ гласности. Хотѣли, чтобы свѣтъ увидѣлъ только вполне законченное произведеніе.

Въ этомъ способѣ работы, конечно, и заключается одна изъ главныхъ причинъ оказавшихся позднѣе ея недостатковъ. Общественное мнѣніе, относившееся съ самаго начала равнодушно къ спеціальнымъ вопросамъ, осталось равнодушнымъ и ко всему творенію. Значительное количество юристовъ также не были въ состояніи проявить какое либо косвенное вліяніе на рѣшенія коммисіи и оказать на ея дѣятельность направляющее и поощряющее воздѣйствіе. На рѣшенія коммисіи всѣ смотрѣли, какъ на interna, къ которымъ внѣшній міръ не имѣлъ никакого отношенія, и о которыхъ можно было узнавать только благодаря нескромности. Коммисія, которая поддерживала эту точку зрѣнія, потеряла, благодаря ей, общеніе какъ съ народомъ, такъ и сословіемъ юристовъ. Отъ ея вниманія ускользнуло то, что въ то время, какъ она работала, въ соціальныхъ отношеніяхъ и связанныяхъ съ ними запросахъ къ праву произошли такія перемѣны, благодаря которымъ вся ихъ работа получила совершенно ложное направленіе.

Между тѣмъ въ это время изъ незамѣтныхъ въ началѣ корней развивается до неожиданной высоты социаль-демократія. Вниманіе, поэтому, болѣе, чѣмъ когда либо, обратилось на рабочія сословія, и руководящимъ принципомъ политики сдѣлалось попеченіе о низшихъ классахъ народа. Благодаря этому, среднее сословіе, уже давно страдавшее отъ обстоятельствъ времени, пошло въ еще болѣе невыгодное положеніе и начало съ своей стороны волноваться. Сельскіе хозяева уже въ 1874 году, когда была учреждена коммисія, имѣли поводы жаловаться на свое положеніе. Тогда видѣли причину этого во временной конъюнктурѣ, которую можно и должно было пережить въ надеждѣ на скорое улучшеніе. Обстоятельства, между тѣмъ, все болѣе и болѣе неожиданнымъ образомъ ухудшались, пока не выяснилось, что грозитъ продолжительное бѣдствіе. Ошибки практиковавшейся до сихъ поръ аграрной политики давали себя знать чувствительнѣе, чѣмъ когда либо, и оживленная агитація энергически требовала ихъ исправленія. Съ другой сто-

роны проявлялись взгляды на задачи законодательства, потому что при быстромъ ходѣ развитія получилось возможность собрать достаточное количество указанія опыта въ различныхъ областяхъ права, и нѣсколько неудачныхъ попытокъ на поучительныхъ примѣрахъ, по меньшей мѣрѣ, показали, какимъ законъ не долженъ быть.

Съ полной добросовѣстностью, но совершенно не заботясь обо всѣхъ этихъ событіяхъ въ большомъ свѣтѣ, отдалась коммисія своей работѣ. Былъ собранъ громадный историческій матеріалъ, о богатствѣ котораго убѣдительно свидѣлствуетъ одна часть его, использованная позднѣе въ мотивахъ. 5 редакторовъ готовили въ продолженіи 7 лѣтъ свои частичные проекты; каждую осень коммисія собиралась на засѣданія, въ которыхъ должны были состояться соглашенія относительно принциповъ и основныхъ вопросовъ въ интересахъ обезпеченія единства произведенія. Въ 1880 году коммисія начала въ послѣдовательныхъ засѣданіяхъ выработывать изъ отдѣльныхъ проектовъ единообразное цѣлое произведеніе. Совѣщанія длились больше 6 лѣтъ; на нихъ было составлено 734 протокола, заполнившихъ 12.309 страницъ in-folio. Содержаніе протоколовъ считалось строгой тайной. Когда отдѣльные экземпляры попадали въ тѣ или другіе юридическіе кружки, это считалось нарушеніемъ тайны; въ особенности старались о томъ, чтобы критика ничѣмъ не могла воспользоваться изъ этихъ матеріаловъ. 20 ноября 1887 г. коммисія закончила свою дѣятельность, которая продолжалась въ общемъ 13 лѣтъ и 4 мѣсяца. Вскорѣ послѣ этого былъ официально опубликованъ проектъ съ мотивами, составившими 5 объемистыхъ томовъ. Въ продолженіи двухъ слѣдующихъ годовъ обсуждался проектъ закона о введеніи уложенія въ дѣйствіе и другіе дополнительные законы.

Давно ожидаемое произведеніе, наконецъ, появилось. Но оно не оправдало возлагавшихся на него надеждъ. Чѣмъ больше были ожиданія, тѣмъ сильнѣе было разочарованіе. Поднялись сперва отдѣльные голоса, выражавшіе недовольство проектомъ, за нимъ послѣдовало множество другихъ; тонъ критиковъ становился все рѣзче и несдержаннѣе. Немногіе похвальные отзывы дѣлались въ той же мѣрѣ все болѣе и болѣе робкими и не были въ состояніи пересилить отрицательнаго отношенія къ кодексу. Открывались все новыя слабости стороны и, наконецъ, при всемъ уваженіи къ научнымъ качествамъ его составителей, никто уже не могъ обманываться: неуспѣхъ былъ поразительный.

Если проект оказался несоответствующим современным специальным потребностям, то причина этого лежала в описанных выше обстоятельствах. Когда комиссия начинала свою деятельность, огромное значение социальных вопросов еще не вошло в сознание более широких народных кругов; недостатки экономического порядка надбались, в худшем случае, устранить посредством легких государственных предприятий, и тогда показалась бы совершенной нелѣпностью мысль составить для их уничтожения цѣлое уложение. Комиссия поэтому поняла свою задачу в томъ смыслѣ, что она должна кодифицировать главнымъ образомъ существующее право, устраняя совершенно устарѣвшее, а также, гдѣ было нужно, создавая новое право, но воздерживаясь отъ какихъ либо глубокихъ перемѣнъ въ существующемъ порядкѣ. При этомъ она придавала гораздо больше значенія установленію единства права, нежели его соответствію потребностямъ современной народной жизни.

Главнымъ недостаткомъ проекта былъ характеръ его изложенія напоминающій учебникъ. Законодатель долженъ ясно и опредѣленно приказывать, а не поучать. Онъ можетъ давать опредѣленія, насколько это необходимо для уясненія его воли, но не больше того. Опредѣленія часто бываютъ невѣрными вследствие трудности найти выраженіе, способное охватить данное явленіе во всѣхъ его направленіяхъ. Въ старомъ торговомъ уложеніи, которое принадлежитъ къ лучшимъ образцамъ законодательства, даже опредѣленіе слова „купецъ“, слѣдовательно основнаго понятія, было совершенно неточно съ точки зрѣнія установленія круга лицъ, обнимаемымъ этимъ понятіемъ. Въ такихъ случаяхъ опредѣленія, конечно, не обязываютъ, но разъ они внесены въ законъ, ихъ естественно гораздо труднѣе устранить при практическомъ примѣненіи права, чѣмъ тогда, когда они были установлены какимъ либо ученымъ. Юридическія конструкции тоже должны бы были по возможности отсутствовать въ законѣ. И онѣ могутъ быть неправильными, такъ какъ и законодатель можетъ иногда ошибаться, и эти конструкции, разумѣется, не имѣютъ силы, но при ихъ наличности большею частью бываетъ сомнительно, не скрывается ли подъ невѣрной идеей приказаніе, которое, естественно, само по себѣ обязываетъ. Учебникъ и уложеніе имѣютъ весьма различныя задачи.

На это-то именно различіе комиссия и не обратила вниманія. Первый проектъ съ особымъ пристрастіемъ опредѣлялъ и конструировалъ даже тамъ, гдѣ это совсѣмъ не было необходимо для его

цѣлей. Напр., дано было опредѣленіе купли, хотя ея понятіе не давало повода ни къ какимъ серьезнымъ сомнѣніямъ, и хотя съ точки зрѣнія проекта этого опредѣленія уже потому не требовалось, что правила о куплѣ примѣнялись къ родственнымъ договорамъ, а именно мѣнѣ. Опредѣленіе „найма услугъ“, „подряда“, „порученія“, были, напротивъ, „предоставлены наукѣ“, хотя они и теперь въ высшей степени спорны и вовсе не излишни, когда нужно установить дѣйствительную волю законодателя. Вѣроятно, здѣсь среди самой комисіи возникли разногласія, которыя трудно было устрани́ть инымъ путемъ.

Въ уложеніи далѣе не мѣсто общимъ положеніямъ. Ихъ мѣсто въ учебникѣ. Потому что эти правила никогда не могутъ быть выражены съ такой точностью, чтобы послѣ не оказалось необходимости въ измѣненіяхъ, ограниченіяхъ или расширеніи ихъ смысла—*nulla regula sine exserptione*. Когда эти положенія выражены какимъ либо ученымъ или если они составляютъ даже *communis doctorum opinio*, то ихъ исправленіе всегда легко, но совсѣмъ иное дѣло, если они выражены въ законѣ. Послѣдній долженъ, ради своего большаго авторитета, ограничиваться опредѣленіемъ такихъ отношеній, которыя онъ можетъ обозрѣть, но обобщеніе ихъ должно быть предоставлено наукѣ и судебной практикѣ.

Этого и не сдѣлалъ первый проектъ. Хотя въ мотивахъ и встрѣчается утвержденіе, что было совершенно ошибочно стремиться къ абсолютной полнотѣ въ кодексѣ, тѣмъ не менѣе очевидно, что составители проекта подъ вліяніемъ указанной тенденціи стремились къ формулировкѣ общихъ положеній вездѣ, гдѣ было возможно. Послѣднія должны были обнимать всѣ отношенія, какія только можно представить себѣ, чтобы дать судѣ опредѣленную руководящую нить на каждый случай. Комисія приняла на себя вмѣстѣ съ этимъ сверхчеловѣческую задачу, и ошибки явились неизбежными послѣдствіями этого невыполнимаго стремленія. Когда законодатель составляетъ общія нормы для такихъ отношеній, обозрѣть которыхъ онъ не въ состояніи, тогда эти нормы непременно направятъ судью на ложный путь. Наоборотъ, самъ судья, который имѣетъ передъ глазами всѣ особенности даннаго случая, могъ бы безъ труда найти правильное рѣшеніе съ помощью аналогіи. Недостатки, на которые въ учебникѣ едва обращаютъ на себя вниманіе, и которые, если жизнь докажетъ ихъ неосновательность, обыкновенно незамѣтно изъ него исчезаютъ въ слѣдующихъ изданіяхъ, въ законѣ приводятъ къ непоправимой путаницѣ.

Проектъ по всему своему строю носилъ характеръ учебника, и когда извѣстный ученый юристъ Бэръ назвалъ его, имѣя въ виду обширный курсъ пандектовъ Виндшейда, имѣвший, повидимому, на форму и содержаніе проекта сильное влияние,—„маленькимъ Виндшейдомъ“,—это возбудило общее сочувствіе. Въ немъ чувствовалось что то доктринерское, чуждое потребностямъ жизни. Часто попадались и техническія погрѣшности. Устанавливаемые положенія составители проекта не представляли себѣ, по большей части, въ качествѣ права, предназначеннаго къ практическому проведенію въ жизнь. Даже мотивы дають обыкновенно обширные историческіе обзоры, но очень рѣдко хотя бы одинъ взятый изъ жизни примѣръ. Многія положенія, содержащія въ себѣ справедливый самъ по себѣ принципъ, составлены такъ, что ихъ примѣненіе на практикѣ приводило совершенно къ инымъ послѣдствіямъ, чѣмъ какія имѣлись въ виду. Нѣкоторые,—какъ напр., оговорка объ отказѣ условно назначеннаго наслѣдника—были просто неисполнимы.

Не лучше былъ и языкъ. Это былъ языкъ, на какомъ обыкновенно писали въ 50 и 60-хъ годахъ, и на какомъ еще иногда и теперь пишутся судебные приговоры: тяжелый, трудно понимаемый, педантичный, и, притомъ, не всегда точный. Многое было выражено не по нѣмецки, иное прямо таки неправильно. Недостаточно ясныя основанія системы и постоянныя ссылки на другіе параграфы мѣшали общему обозрѣнію содержанія кодекса ¹⁾.

Не смотря на то, что предварительная коммисія въ свое время предлагала, послѣ появленія литературныхъ опѣнокъ проекта, составленіе второй редакціи (второго чтенія),—по опубликованіи проекта возникла мысль обратить его наивозможно скорѣе въ законъ и по возможности въ неизмѣненномъ видѣ. Желали скорѣе закрѣпить результатъ четырнадцатилѣтней работы. А такъ какъ отрицательное

¹⁾ Появившіяся послѣ изданія перваго проекта опѣнки были въ преобладающемъ большинствѣ для него весьма неблагосклонны. О нихъ можно будетъ судить по одному примѣру. Беккеръ, въ своей статьѣ „System und Sprache des Entwurfes“, говоритъ на стр. 50. „Тотъ же самый духъ, который властвовалъ надъ мыслями составителей проекта, опредѣлилъ также и способъ ихъ выраженія. Какъ тамъ, такъ и здѣсь недостаетъ естественной и здоровой плавности, художественной силы и радости творчества. Боязливая добросовѣстность, прилежаніе и дѣловитость не обезпечиваютъ счастливаго завершенія дѣла; по всей вѣроятности многое бы удалось лучше, если бы было выражено не такъ образцово и безуворизненно. Благодаря этому произведеніе носитъ отпечатокъ кропотливой вычурности, а педантическая заботливость, направленная на мелочи, заставляла часто упустить изъ вида вещи болѣе важныя“.

отношеніе къ проекту дѣлалось все рѣзче, а голоса его защитниковъ все слабѣе, то пытались было выставить дѣло утвержденія проекта, какъ актъ патріотизма, но и эта точка зрѣнія становилась тѣмъ несостоятельнѣе, чѣмъ болѣе оставалось времени у критики для того, чтобы находить все больше и больше слабыхъ мѣстъ. Послѣ долгой борьбы принуждены были, наконецъ, отказаться отъ этого намѣренія. Осуществить его было невозможно.

Въ виду этого по рѣшенію союзаго совѣта 4 декабря 1890 года была образована вторая коммисія, отчасти изъ новыхъ членовъ. Съ самаго же начала дѣятельности этой коммисіи ея работами руководилъ свободный духъ. Равная первой по добросовѣстности, основательности и педантичности, она имѣла передъ нею то преимущество, что могла пользоваться выводами свободной критики и съ этимъ соединяла желаніе и умѣніе дѣлать это.

Совѣщанія коммисіи относительно пересмотра проекта гражданского уложенія начались въ апрѣлѣ 1891 года и окончились въ октябрѣ 1895 года. За ними послѣдовали совѣщанія, касающіяся закона о введеніи въ дѣйствіе, продолжавшіяся до декабря 1895 г. Къ работамъ этой коммисіи были привлечены и люди жизненнаго опыта. Общество получало правильныя періодическія свѣдѣнія о рѣшеніяхъ коммисіи и, благодаря этому, имѣло возможность принимать въ ея дѣятельности участіе. Такимъ образомъ установлена была постоянная связь съ общественнымъ мнѣніемъ. И на самомъ дѣлѣ, съ достойной удивленія предусмотрительностью использовано было все для того, чтобы создать годное для практическаго употребленія уложеніе. Всѣ опубликованныя по поводу перваго проекта мнѣнія—а ихъ было, какъ легко можно себѣ представить, огромное множество—были собраны въ имперскомъ министерствѣ юстиціи въ одно шеститомное произведеніе и послѣ того тщательно использованы коммисіей. Не проходили безъ вниманія даже случайныя замѣчанія, и по нѣкоторымъ частностямъ можно прослѣдить, какъ даже и во второстепенныхъ пунктахъ не упускали случая для внесенія улучшеній. Обращали вниманіе и на всѣ опубликованныя въ теченіе засѣданій коммисіи отзывы объ уложеніи и такимъ путемъ доставляли нѣкоторымъ образомъ и стоящимъ внѣ коммисіи юристамъ совѣщательный голосъ. Законченныя части произведенія постоянно снова пересматривались до полнаго завершенія работы; многія измѣненія были приняты даже въ послѣдній часть.

Языкъ новаго проекта сталъ проще, яснѣе и опредѣленнѣе. Количество опредѣленій было уменьшено до незначительнаго числа;

юридических конструкций избѣгали гораздо болѣе, чѣмъ прежде, благодаря чему оставленъ былъ свободный просторъ для науки. Уложеніе въ нѣкоторыхъ мѣстахъ было, правда, скупѣе на слова, чѣмъ это было желательно въ интересахъ ясности; но съ этимъ недостаткомъ, можно было скорѣе помириться, нежели съ противоположнымъ. Ссылки на другіе параграфы встрѣчаются еще и теперь и бывають весьма обременительны, особенно, если указанный параграфъ съ своей стороны ссылается опять на третій, а этотъ, гдѣ можно, на четвертый. Въ этихъ случаяхъ приходится сопоставлять различныя положенія кодекса путемъ кропотливой мозаичной работы, чтобы выяснить смыслъ данного параграфа. Такія ссылки не безопасны также и для дѣятельности редакторовъ, потому что если будетъ упущена или неточно продѣлана та мысленная операція, которая должна опредѣлить содержаніе указанныхъ параграфовъ и извлечь изъ нихъ искомый выводъ, то легко можетъ случиться, что составленная имъ комбинація приведетъ къ невѣрнымъ результатамъ. Естественно, что подобныя ссылки и съ точки зрѣнія внѣшней формы не могутъ служить украшеніемъ кодекса.

По отношенію къ удовлетворенію социальныхъ потребностей въ въ уложеніи встрѣчаются лишь отдѣльныя попытки, дальше которыхъ онъ не идетъ. Общественное мнѣніе критикой на первый проектъ и позднѣе непрерывными сообщеніями о дѣятельности второй коммисіи было очень возбуждено. Оно поняло тотъ реальный интересъ, который имѣли всѣ классы народа въ дѣятельномъ содѣйствіи развитію права; поэтому въ это время съ большей энергіей начали предъявляться съ разныхъ сторонъ различныя и очень основательныя претензіи. Случилось то, чего опасалась первая коммисія, и чему она съ успѣхомъ противодействовала, благодаря твердому соблюденію тайны: со всѣхъ сторонъ поднялось движеніе. Классы народонаселенія, которымъ грозила опасность со стороны новыхъ отношеній, и прежде всего землевладѣльцы и все среднее сословіе, указывали на то, что бывшее доселѣ правовое состояніе устарѣло, что оно давно уже перестало удовлетворять потребностямъ жизни и особенно не удовлетворяетъ имъ при существующемъ положеніи. Они требовали дѣйствительной защиты противъ ихъ ограбленія со стороны крупнаго капитала, отмѣны specially римскихъ правовых постановленій и реформы всего права на современныхъ основаніяхъ. Когда поднялись эти требованія объ охраненіи настоящаго социального равновѣсія и вообще существующаго общественнаго порядка, тогда на другой сторонѣ захотѣли воспользоваться именно новымъ уложе-

ніемъ, чтобы наивозможно быстро и радикально уничтожить ненавистныя учрежденія или-же, гдѣ это было неосуществимо, по меньшей мѣрѣ, такъ ихъ подкопать, чтобы они въ будущемъ могли доставить удобный исходный пунктъ для агитаціи. Соціалъ-демократы охотно бы готовы были добыть себѣ при этомъ случаѣ полнѣйшую свободу рабочихъ союзовъ, уничтоженіе зависимости слугъ отъ работодателя и ослабленіе еще и теперь весьма крѣпкаго семейнаго союза, а представительницы женскаго равноправія, притомъ,—полнаго уравнинія мужчины и женщины въ ихъ смыслѣ. Къ этому присоединились особыя желанія отдѣльных партій. Почти не было ни одной, которая бы не пыталась добыть себѣ хотя бы небольшую выгоду на счетъ великаго національнаго произведенія, будь это новая реформа права союзовъ, урегулированіе возмѣщенія за убытки, причиняемые дичью, уничтоженіе или ограниченіе гражданскаго брака, или установленіе новыхъ основаній къ разводу. Если же присоединить къ этому ни на чемъ не основанное само по себѣ требованіе, чтобы новое уложеніе устранило римское право и создало настоящее германское, истинно національное право, чтобы оно перекинуло мостъ черезъ пропасть между народомъ и сословіемъ юристовъ, то можно сказать, что законодательная коммисія должна была обладать болѣе, чѣмъ человѣческимъ могуществомъ, чтобы удовлетворить всѣмъ этимъ разнообразнымъ претензіямъ.

Нѣкоторыхъ изъ этихъ претензій вообще нельзя было удовлетворить. Еслибы, напр., въ угоду соціалъ-демократамъ захотѣли подрубить основы нашего общественнаго и юридическаго порядка,—бракъ, и семью, то они, съ своей точки зрѣнія, считали бы это только недостаточной платой въ зачетъ. Пропасть между существующимъ строемъ и идеалами соціалъ-демократіи слишкомъ велика, чтобы можно было перекинуть черезъ нее мостъ. Требованія другихъ партій были опять-таки слишкомъ новы и слишкомъ неясны, чтобы можно было ихъ точасъ же осуществить въ правовой жизни. Къ этому присоединились соображенія цѣлесообразности. При каждой попыткѣ считаться съ требованіями новаго времени приходилось бы откидывать первый проектъ и безъ предварительной подготовки,—такъ какъ работы, находившіяся въ наличности были очень цѣнны въ историческомъ отношеніи и совершенно не имѣли цѣны въ социалистическомъ,—отваживаться на прыжокъ въ темное пространство и бросить на борьбу партій содержаніе происшедшаго такимъ образомъ закона. Совсѣмъ нельзя было предвидѣть, что вышло бы изъ этого при существующихъ политическихъ отношеніяхъ.

По отношенію къ римскому праву второй проектъ всталъ въ болѣе свободное отношеніе, нежели первый. И изъ этого послѣд-
няго уже было исключено множество такихъ устарѣлыхъ постано-
вленій, на уразумѣніе которыхъ и примѣненіе къ духу времени
было потрачено много безполезнаго остроумія. Новая коммисія пошла
еще нѣсколько дальше. Хотя она и положила въ основаніе первый
проектъ и хотѣла ограничиться только такими улучшеніями, какія
казались бы безусловно необходимыми, тѣмъ не менѣе туда вошло
все-таки много новыхъ идей, а нѣкоторыя части были переработаны
заново, такъ что въ цѣломъ вторую редакцію слѣдуетъ считать но-
вымъ, самостоятельнымъ произведеніемъ.

Среди юристовъ съ самаго начала преобладало настроеніе въ
пользу принятія проекта. Для того чтобы выйти изъ существовавшаго
состоянія права, готовы были получить плохое уложеніе. Отрица-
тельные и неодобрительные отзывы, раздававшіеся и теперь, не произ-
водили уже болѣе впечатлѣнія. Опираясь на тотъ неоспоримый фактъ,
что во второмъ проектѣ сдѣланы сравнительно съ первымъ весьма
существенныя улучшенія, рѣшили помириться съ нѣкоторыми недо-
статками, которыхъ, впрочемъ, никто и не отрицалъ. Всего
яснѣе обнаружилось это настроеніе на сѣздѣ юристовъ, гдѣ, послѣ
краткихъ преній, преобладающее большинство голосовъ высказалось
за проектъ. Впрочемъ, немногіе голоса меньшинства по качеству
имѣли болѣе вѣсъ, чѣмъ ихъ количество, потому что принадлежали
ученымъ съ извѣстными именами.

Хотя проектъ и не оправдалъ всѣхъ надеждъ, которыя связы-
вались съ созданіемъ національнаго права, однако германскія пра-
вительства окончательно склонились съ этихъ поръ къ его скорѣй-
шему принятію. Рѣшающимъ въ этомъ дѣлѣ служила неясность
существующаго политическаго положенія. Каждая новая редакція
отдаляла бы завершеніе этого акта законодательства на неопредѣ-
ленное время, а благодаря этому какъ результатъ, такъ и окончатель-
ная судьба предложенія становились весьма сомнительными. Поэтому
союзный совѣтъ ограничился немногими измѣненіями, которыя хотя
и свидѣтельствовали объ основательной переработкѣ, но по коли-
честву и значенію были такъ маловажны, что не вносили суще-
ственныхъ измѣненій въ характеръ проекта. Самыми значительными
были постановленія, относящіеся къ праву союзовъ. 17 января
1896 года имперскій канцлеръ представилъ проектъ въ рейхстагъ.

Обсужденіе проекта въ рейхстагѣ доставило юристамъ нѣкото-
рое разочарованіе. Народъ оставался въ началѣ, правда, совершенно

безучастнымъ по отношенію къ уложенію. Но въ самое послѣднее, по крайней мѣрѣ, время онъ выказывалъ возрастающій интересъ къ нему. Хотя стимуломъ къ этому служили большею частью сословные интересы, однако не смотря на это, можно было надѣяться на то, что создастся полезное сотрудничество всего народа съ его законовѣдами. Народное представительство соотвѣтствовало этимъ ожиданіямъ только въ очень незначительной степени. При внесеніи проекта присутствовало около 40—50 депутатовъ. Принятіе en bloc поэтому было недостижимо. Безусловно за проектъ въ сущности были только національ-либералы. При специальномъ обсужденіи частнопрововы точки зрѣнія отошли на задній планъ сравнительно съ интересами политическихъ партій, что было очень естественно. Эти послѣдніе интересы почти исключительно господствовали въ преніяхъ и рѣшили судьбу проекта.

Уже въ избранной рейхстагомъ комисіи проектъ возбудилъ сомнѣніе по двумъ вопросамъ: о правѣ союзовъ и брачномъ правѣ. Въ комисіи было высказано, что первое должно было быть едино во всѣхъ государствахъ и редактировано возможно свободнѣе, и что должны быть устранены существовавшіе во многихъ государствахъ ограниченія. Второе, наоборотъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ членовъ, слѣдовало измѣнить въ болѣе строгое направленіе путемъ исключенія изъ него обязательнаго гражданскаго брака и уменьшенія основанийъ къ разводу. За то и другое предложеніе возможно было бы большинство: въ вопросѣ о союзахъ центръ былъ бы согласенъ съ свободомыслящими и съ социаль-демократами, а въ вопросѣ о бракѣ — съ консерваторами. Но возможность принятія исправленнаго въ этомъ духѣ проекта въ цѣломъ большинствомъ рейхстага была весьма сомнительна, по отношенію же къ союзному совѣту заведомо невѣроятна. Возникшая отсюда опасность отверженія проекта была, однако, устранена благодаря умѣренности центра, выступавшаго въ этомъ дѣлѣ вездѣ въ роли рѣшающей партіи.

Въ іюнѣ проектъ, во многомъ видоизмѣненный, возвратился изъ комисіи въ рейхстагъ для втораго чтенія. Здѣсь по его поводу возникъ горячій споръ о томъ, не слѣдуетъ ли въ интересахъ болѣе основательнаго разсмотрѣнія и въ виду перерыва занятій рейхстага отложить обсужденіе его до осени. Рѣшено было, однако, ускорить обсужденіе, не безъ рѣзкаго впрочемъ противорѣчія со стороны противниковъ, выразившихъ сомнѣніе, будетъ ли рейхстагъ въ состояніи въ теченіе нужнаго для этого времени сохранить необходимый quorum. Послѣдовавшее затѣмъ обсужденіе представляетъ нѣкоторый дра-

матическій интересъ, но не съ юридической, а исключительно съ политической точки зрѣнія.

Затрудненія, связанныя съ существомъ постановленій проекта, были по большей части устранены. Правда, социаль-демократы сдѣлали попытку предъявить *in pleno* свои претензій въ полномъ объемѣ. Выступая въ роли передовыхъ борцовъ за единство германскаго права, они требовали общихъ и составленныхъ, разумѣется, въ ихъ духѣ постановленій о союзахъ, протестовали противъ исключенія изъ гражданскаго уложенія постановленій о наймѣ сельскихъ рабочихъ и прислуги; въ обязательственномъ правѣ они потребовали цѣлага ряда нововведеній въ пользу неимущихъ классовъ, а въ семейномъ правѣ выставили цѣлую группу связанныхъ между собою предложеній, которыя, вмѣстѣ взятыя, должны были бы произвести полную революцію въ области семейныхъ отношеній. Но при существовавшемъ положеніи дѣла они могли провести только одно изъ своихъ предложеній, большинство же ихъ было отклонено, отчасти безъ всякихъ преній. Одной группой консервативной партіи была еще разъ сдѣлана попытка отмѣнить обязательный гражданскій бракъ, но точно также безуспѣшно; вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли допустить разводъ по причинѣ неизлѣчимаго помѣшательства, къ счастью, былъ недостаточно важенъ съ точки зрѣнія интересовъ фракцій, для того чтобы грозить опасностью закону. Наоборотъ, при вопросѣ о возмѣщеніи убытковъ, причиняемыхъ дичью, наступилъ критическій моментъ. Консервативная партія протестовала противъ возмѣщенія убытка, причиненнаго зайцами, и объявила, что, если относящіеся сюда постановленія проекта будутъ приняты, она потеряетъ интересъ къ гражданскому уложенію, и рейхстагъ, можетъ быть, не будетъ, за ихъ отсутствіемъ, въ надлежащемъ составѣ, чтобы постановить рѣшеніе. Къ нимъ примкнулъ центръ, и возмѣщеніе вреда отъ зайцевъ было вычеркнуто. Еще важнѣе этихъ разсужденій были предложенія объ установленіи *quorum'a* рейхстага, внесенныя антисемитами, и результаты этихъ предложеній, потому что до сихъ поръ оставалось сомнительнымъ, можно ли будетъ ради уложенія задержать до іюля мѣсяца 200 имперскихъ представителей. Но на этотъ разъ счастливая звѣзда свѣтила единству германскаго права. Добрая воля господствующихъ партій и холодная погода сдѣлали свое дѣло, и такимъ образомъ всетаки удалось то, на что многіе надѣялись, и въ чемъ лишь немногіе были увѣрены. Гражданское уложеніе было принято 1-го іюля 1896 года 222 голосами противъ 48, при 18 удержавшихся.

14 іюля союзный совѣтъ далъ санкцію. 18 августа императоръ утвердилъ новый законъ.

III. Предѣлы дѣйствія гражданского уложенія.

Гражданское уложеніе глубоко проникло въ германскую правовую жизнь. Поэтому потребовались многочисленные измѣненія и въ существующихъ имперскихъ законахъ. Въ виду этого были опубликованы дополнительные законы, къ числу которыхъ относится переработка торговаго уложенія. Благодаря изданію гражданского уложенія и отдѣльныя германскія государства, потеряли одну изъ важнѣйшихъ отраслей принадлежавшей имъ до сихъ поръ законодательной компетенціи. Однако полного единства права въ Германіи гражданское уложеніе не создало. Законъ о введеніи гражданского уложенія въ дѣйствіе удержалъ въ пользу мѣстныхъ законодательства цѣлый рядъ болѣе или менѣе важныхъ пунктовъ. Въ основаніи этихъ исключеній не лежитъ какого либо единого принципа. Въ однихъ случаяхъ этимъ основаніемъ являются политическія и социально-политическія соображенія; въ другихъ единообразное регулированіе отношеній встрѣчало препятствіе въ особенностяхъ отдѣльныхъ нѣмецкихъ племенъ; въ иныхъ благодаря различію историческаго развитія данныхъ правовыхъ институтовъ въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ не всегда было возможно найти рамки, въ которыхъ бы умѣщалось все содержаніе создававшагося въ теченіе этого развитія права. Всѣ эти исключенія были такимъ образомъ неизбежнымъ зломъ. Украшеніемъ новаго правового состоянія они быть не могутъ, создавая лишь поводы ко многимъ ошибкамъ и замѣшательствамъ. Было бы гораздо лучше, если бы при составленіи уложенія изъ него исключили бы всѣ тѣ правовыя отношенія, которыя представлялись тогда непригодными для приведенія къ единству. Наоборотъ тѣ, которыя были признаны безусловно входящими въ составъ гражданского уложенія, слѣдовало бы регулировать исчерпывающимъ образомъ. Въ настоящее же время примѣненіе мѣстнаго права во многихъ отдѣльныхъ пунктахъ нарушаетъ принципы гражданского уложенія и создаетъ неустойчивое правовое состояніе. Замѣшательство создается въ особенности тѣмъ обстоятельствомъ, что рядомъ съ постановленіями мѣстнаго права имѣютъ силу по отношенію къ тѣмъ же предметамъ и отдѣльныя постановленія гражданского уложенія. Благодаря этому провести

правильное разграниченіе между общимъ имперскимъ и мѣстнымъ правомъ представляется дѣломъ очень труднымъ. Постановленія гражданского уложенія дѣйствуютъ рядомъ съ различными постановленіями мѣстнаго права и могутъ, поэтому, въ различныхъ мѣстностяхъ получить весьма различное значеніе. Причиной такого результата было стремленіе составителей уложенія дать удовлетвореніе всѣмъ высказаннымъ по поводу уложенія пожеланіямъ, но въ то же время спасти для единого законодательства все, что только было возможно.

По политическимъ основаніямъ остались въ силѣ *государственные договоры*, заключенные союзнымъ государствомъ съ иностранными державами до вступленія въ дѣйствіе гражданского уложенія, а затѣмъ автономныя права высшаго дворянства и постановленія мѣстнаго законодательства относительно владѣтельныхъ государей, членовъ ихъ фамиліи и членовъ фамиліи Гогенцоллерновъ. Съ ними уравнины бывшія княжескія фамиліи Ганновера, Кургессена и Нассау. Осталось въ силѣ также и существующее право высшаго дворянства. Гражданское уложеніе въ этомъ отношеніи имѣетъ такимъ образомъ пока значеніе только субсидіарное.

Мѣстному законодательству оставлена, далѣе, обширная область *арарнаго права*, а именно: фиденкоммисы и лены, рентныя имѣнія, лѣсныя товарищества; институты мелкаго мѣстнаго землевладѣнія, право наслѣдственной аренды, дворовые и сельскохозяйственные участки сельскихъ рабочихъ, право единонаслѣдія и нормы, касающіяся нераздѣльности и ограниченнаго обремененія долгами имѣній, а равно и права: водное, горное, охоты и рыбной ловли. Основанія вознагражденія за убытки, причиняемые дичью, установлены въ гражданскомъ уложеніи, но во многихъ важныхъ пунктахъ и по отношенію къ этому вопросу сохранено дѣйствіе мѣстныхъ правъ. Въ задачу настоящаго очерка не входитъ подробное разсмотрѣніе всѣхъ изъятій вещнаго права, но и приведенныя данныя показываютъ, какъ велика область того, что осталось въ компетенціи мѣстнаго законодательства. При существующемъ положеніи такое отношеніе къ мѣстному праву слѣдуетъ только одобрить. Гражданское уложеніе не могло принять на себя задачи построить вещное право на недвижимости вполнѣ на германской исторической почвѣ. Меньше всего въ этомъ случаѣ представляло бы затрудненій то, что при обобщеніи германскихъ институтовъ, сохранившихся здѣсь и тамъ въ отдѣльныхъ мѣстностяхъ, какъ напр., фиденкоммисовъ, леновъ, права единонаслѣдія,—сдѣлался бы необходимымъ разрывъ съ су-

ществовавшей до сего времени системой. Но было бы невозможно само обобщеніе потому что всѣ эти институты опираются на мѣстные обычаи и племенные особенности. Распространеніе ихъ на другія области, гдѣ они уже исчезли изъ жизни, или которыя ихъ совсѣмъ не знали, встрѣтило бы гораздо болѣе суровый пріемъ, нежели проникнутое уравнительными тенденціями римское право. вмѣстѣ съ тѣмъ возникли бы сомнѣнія по поводу того, какой масштабъ установить для предѣловъ ихъ распространенія, по поводу формы институтовъ,—короче, затрудненія всякаго рода. При такихъ условіяхъ достиженіе цѣли, даже съ научной точки зрѣнія, представлялось бы въ высшей степени сомнительнымъ. А къ чему привела бы эта попытка при парламентской борьбѣ партій—трудно предвидѣть; но она, во всякомъ случаѣ не имѣла бы успѣха. При такихъ обстоятельствахъ надо считать счастьемъ, что германскіе институты, по крайней мѣрѣ тамъ, гдѣ они продолжаютъ существовать, не были затронуты. Конечно всѣ эти изыятія въ пользу мѣстнаго законодательства благодаря своей пестротѣ производить впечатлѣніе чего то случайнаго и произвольнаго и, можетъ быть, было бы гораздо лучше исключить изъ кодекса все вещное право на недвижимости. Время покажетъ, исчезнутъ ли скоро эти историческіе остатки передъ стремленіемъ нашихъ дней къ унификаціи правового строя, или же они образуютъ ядро для развитія новаго раціональнаго права. Во всякомъ случаѣ, своеобразность явленія состоитъ въ томъ, что историческіе институты національнаго германскаго права сохраняются въ жизни въ качествѣ исключеній изъ постановленій единаго германскаго права.

Другое изыатіе изъ общихъ постановленій уложенія касается *ответственности государства и общинъ за своихъ должностныхъ лицъ*. По гражданскому уложенію государство и община отвѣчаютъ безусловно за частнопрововыя акты своихъ должностныхъ лицъ, какъ и вообще юридическія лица. Былъ возбужденъ вопросъ объ изданіи общеимперскаго закона о такой же отвѣтственности и въ сферѣ дѣятельности публичнаго права, но относящіяся сюда предложенія были рѣшительно отклонены правительствами. Поэтому остались въ силѣ постановленія мѣстныхъ правъ, а эти послѣднія, съ другой сторсны, могутъ исключать личную отвѣтственность должностныхъ лицъ, поскольку корпорація обязывается къ возмѣщенію убытковъ. Точно также подлежатъ изыатію и другія претензіи общественнаго характера, напр. имущественно-правовыя претензіи должностныхъ лицъ изъ служебныхъ отношеній, постановленія от-

носительно поручительства должностных лицъ, претензіи обществъ призывнія бѣдныхъ къ родственникамъ призрѣваемыхъ и т. д.

Политическое значеніе имѣютъ *ограниченія приобритеній мертвой руки*, такъ какъ ими затрогиваются церковъ и церковныя учрежденія. По этому предмету состоялся компромиссъ, по которому были оставлены въ силѣ старыя постановленія по отношенію къ пожертвованіямъ стоимостью болѣе 5000 марокъ. Для менѣе цѣнныхъ пожертвованій постановленія о необходимости утвержденія со стороны государства, а такъ же и другія ограниченія были уничтожены.

Различію мѣстныхъ обычаевъ было придано значеніе, когда сдѣлали изъятіе изъ сроковъ, устанавливаемыхъ для очищенія нанятыхъ помѣщеній.

Наконецъ, социальное значеніе имѣетъ то, что, несмотря на протестъ социаль-демократовъ, изъ уложенія были исключены постановленія, касающіяся найма домашнихъ слугъ и рабочихъ. Гражданское уложеніе, впрочемъ, содержитъ въ себѣ нѣкоторые отдѣльныя постановленія, касающіяся найма слугъ и положительнымъ предписаніемъ отмѣняетъ право дисциплинарныхъ наказаній слугъ повсюду, гдѣ бы оно еще до сихъ поръ существовало.

Дальнѣйшія подробности содержатся въ ст.ст. 56—152 закона о введеніи въ дѣйствіе.

Впрочемъ, дѣйствовавшее до сихъ поръ право нѣкоторое время будетъ еще примѣняться и по отношенію къ тѣмъ вопросамъ, которые нашли себѣ полное разрѣшеніе въ гражданскомъ уложеніи, поскольку до суда будутъ доходить споры о правовыхъ отношеніяхъ, возникшихъ подъ дѣйствіемъ стараго права. Такимъ образомъ, возникшія раньше долговыя отношенія должны рѣшаться по прежнему праву. Новое вещное право на недвижимости въ своей большей части вступитъ въ силу только тогда, когда будутъ изготовлены поземельныя книги для каждой данной области, а срокъ для этого опредѣляется для каждаго союзнаго государства распоряженіемъ владѣтельнаго князя. Поэтому, отдѣльныя правительства въ правѣ откладывать этотъ срокъ для своей мѣстности по своему усмотрѣнію. Далѣе, для браковъ, заключенныхъ до 1-го января 1900 года, сохранено въ силѣ дѣйствовавшее до тѣхъ поръ имущественное право, которое, слѣдовательно, будетъ имѣть примѣненіе въ теченіе срока, превышающаго человеческій вѣкъ, поскольку не окажется этому препятствій мѣстное право. Гражданское уложеніе, конечно, не допускаетъ искусственнаго продленія дѣйствія этого права

посредствомъ брачныхъ договоровъ, запрещая регулировать имущественныя отношенія супруговъ путемъ ссылокъ на право, которое уже болѣе не дѣйствуетъ. То же самое запрещеніе простирается и на заграничныя законы.

IV. Что дало Германіи гражданское уложеніе.

Гражданское уложеніе вступаетъ въ дѣйствіе въ весьма спокойное въ политическомъ отношеніи время. Другія эпохи были по наружности, благодаря внѣшнимъ и внутреннимъ войнамъ, болѣе бурными, но столь глубокое, захватывающее всѣ слои народонаселенія духовное броженіе, которое наблюдается теперь, едва ли когда либо случалось переживать современнымъ государствамъ съ самаго начала исторіи. Не только въ политической и экономической областяхъ, но и въ области морали господствуютъ самыя рѣзкія противорѣчія. Существуютъ представители всѣхъ видовъ воззрѣній, начиная отъ самой упорной реакціи до нигилизма и анархизма. А если осуществится идеалъ революціонныхъ партій, то слѣдующій вѣкъ будетъ имѣть не только новую форму общества, но и новую мораль.

Уложеніе, поставленное на границѣ двухъ великихъ эпохъ, носитъ скорѣе отсталый характеръ. Какъ и естественно, оно представляетъ собою воззрѣнія юриспруденціи 19-го столѣтія со всѣми ея положительными сторонами, но и съ нѣкоторыми ея недостатками. Грядущее время также набросило на него мѣстами свою тѣнь. Окажутся ли пригодными эти постановленія, въ которыхъ уже отразились новыя идеи, покажетъ будущее.

Гражданское уложеніе во всякомъ случаѣ есть національное произведеніе, имѣющее огромное значеніе для правовой жизни Германіи. Въ ней послѣ его изданія стало дѣйствовать право, написанное на нѣмецкомъ языкѣ. Постановленія римскаго права, имѣвшія смыслъ только по отношенію къ Риму, а также и другія архаизмы были теперь устранены, множество старыхъ юридическихъ контроверзъ уничтожено и по большей части, какъ мы уже теперь можемъ это сказать, твердой и счастливой рукой. Новое право становится средоточіемъ германской юриспруденціи. Вниманіе нѣмецкихъ ученыхъ отвращается теперь отъ антикварныхъ вопросовъ римскаго права; не будетъ больше приводить въ смущеніе и многообразіе національнаго германскаго права. Новѣйшія отношенія, смѣемъ надѣяться, заложатъ совсѣмъ другую основу

для будущаго развитія права, чѣмъ это имѣло мѣсто до сихъ поръ.

Однако, впалъ бы въ большое заблужденіе тотъ, кто подумалъ бы, что право, содержащееся въ гражданскомъ уложеніи, вполне доступно народу. Уже самая форма уложенія не способствуетъ популярности кодекса. Его языкъ точно также не легко понятенъ, хотя онъ и проще, и яснѣе языка перваго проекта. Для своего пониманія онъ требуетъ основательнаго юридическаго образованія едва ли меньшаго, нежели дѣйствовавшее до сихъ поръ право латинскаго *cognus juris*. Уложеніе, поэтому, не можетъ служить для обыкновеннаго гражданина руководствомъ для легкаго изученія права. На мѣсто старыхъ, устраненныхъ имъ спорныхъ вопросовъ, уложеніе ставитъ новые, и они были поставлены уже, прежде чѣмъ даже оно вступило въ силу. Причина этого лежитъ отчасти въ самомъ уложеніи, но главнымъ образомъ эти спорные вопросы обязаны своимъ появленіемъ многообразію дѣйствительной жизни, которую не можетъ предусмотрѣть никакая фантазія, а, слѣдовательно, не можетъ заранѣе принять во вниманіе и никакой законодатель.

Разладъ между правовымъ сознаніемъ германскаго народа и его юриспруденціей такъ старъ и находитъ себѣ основу въ столь различныхъ учрежденіяхъ, что его невозможно уничтожить однимъ ударомъ. Мы должны даже опасаться, что онъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ даже усилится. Болѣе крупныя процессы по всѣмъ вопросамъ, о которыхъ трактуетъ гражданское уложеніе, должны поступать въ рейсгерихтъ. Въ интересахъ единого права это даже необходимо, ибо, если бы дѣла въ послѣдней инстанціи рѣшались высшіе суды отдѣльныхъ государствъ, тогда не долго можно было бы избѣгать того, чтобы не развилось въ различныхъ мѣстностяхъ различное толкованіе права. Тѣмъ не менѣе, несомнѣнно, что высшіе суды стоятъ по отношенію къ фактическимъ отношеніямъ, лежащимъ въ основаніи процессовъ, дальше, нежели низшіе суды, и поэтому, несмотря на высокія качества высшихъ судей, существуетъ опасность, что они при примѣненіи гражданскаго уложенія къ жизни будутъ руководствоваться отвлеченными принципами. Эта опасность увеличивается въ зависимости отъ сущности прецедентовъ. При нормальномъ порядкѣ отношеній, съ точки зрѣнія права судья, рѣшающій дѣло въ первой инстанціи, долженъ судить исключительно по собственному убѣжденію. Если рѣшеніе будетъ обжаловано и въ дальнѣйшемъ ходѣ то же самое дѣло когда нибудь вернется къ нему

назадъ изъ высшаго суда, то, конечно, онъ долженъ въ основаніе новаго рѣшенія по тому же дѣлу положить мнѣніе высшаго суда, какъ то предписываетъ ему законъ. Но въ новомъ подобномъ же процессѣ судья снова долженъ рѣшить дѣло прежде всего по собственному убѣжденію и, слѣдовательно, только тогда можетъ руководствоваться мнѣніемъ высшаго судьи, когда онъ считаетъ его справедливымъ. А если такое рѣшеніе не встрѣтитъ одобренія, то онъ долженъ предоставить высшему судѣ вновь подтвердить свое мнѣніе. Для развитія права соблюденіе такого порядка принесло бы громадную пользу потому, что тогда высшій судъ былъ бы постоянно освѣдомляемъ о возрѣвнѣхъ низшихъ судовъ, стоящихъ ближе къ обстоятельствамъ дѣла, и такимъ образомъ имѣлъ бы цѣнное средство для провѣрки са-мого себя. Единогласныя рѣшенія низшихъ инстанцій могли бы такимъ образомъ служить для него средствомъ для ознакомленія съ убѣжденіями народа и заставить его отказаться отъ несогласной съ ними точки зрѣнія. Въмѣсто этого, первыя инстанціи судовъ усвоили обыкновеніе въ позднѣйшихъ процессахъ опираться на установленныя въ предшествующихъ случаяхъ рѣшенія рейхсгерихта. Высшій судъ благодаря этому искусственно держится далеко отъ теченій повседневной жизни и въ доходящихъ до него рѣшеніяхъ слышитъ каждый разъ вновь свой собственный голосъ. Въ оправданіе этого указываютъ болѣею частью на то, что настаиваніе низшихъ судовъ на собственномъ мнѣніи вводило бы стороны въ безполезныя издержки, такъ какъ въ такихъ случаяхъ рѣшенія низшихъ судовъ все равно были бы обжалованы. Къ сожалѣнію, это возраженіе не можетъ быть опровергнуто, потому что германскій уставъ о судебныхъ пошлинахъ такъ своеобразенъ, что, если высшій судъ отмѣняетъ приговоръ низшаго, какъ неправильный, то государство заставляетъ платить себѣ вдвойнѣ: во первыхъ, за неправильно постановленный приговоръ, во вторыхъ, за его отмѣну. Справедливость явно требовала бы того, чтобы не взыскивалось никакихъ пошлинъ за рѣшеніе, вынесенное по судебной ошибкѣ. Изъ сказаннаго вытекаетъ то, что благодаря этому наносится ущербъ не только сторонамъ, но и самому правосудію.

О соціальной сторонѣ гражданскаго уложенія мы уже говорили выше. Огромный переворотъ въ области хозяйственныхъ отношеній за послѣднія десятилѣтія вызвалъ въ жизни такія явленія, которыя издѣваются надъ всей нашей опытностью и всей нашей традиціонной мудростью. Мы очутились безпомощными среди эпохи, приносящей изобиліе во всемъ, что обосновываетъ, по мнѣнію пре-

жняго времени, матеріальное счастье народа,—въ людяхъ, въ имуществѣхъ всякаго рода и въ деньгахъ. Потому что мы, къ своему удивленію, замѣчаемъ, что результатомъ этого изобилія является не всеобщее благоденствіе, а всеобщее бѣдствіе. Не недостаточность орудій производства, не трудность добыванія средствъ для пропитанія возрастающаго народонаселенія служатъ причиной продолжительнаго кризиса, въ которомъ мы находимся, но какъ разъ наоборотъ,—происшедшее благодаря машинамъ и другимъ изобрѣтеніямъ облегченіе производства, превзошедшее всякія ожиданія, и чрезвычайное расширеніе и удешевленіе средствъ сообщенія, низводящихъ вліяніе разстояній почти до минимума. Въ промышленномъ государствѣ, при зарожденіи котораго мы присутствуемъ, человѣкъ значительно менѣе зависитъ отъ земли, нежели это было въ предыдущемъ земледѣльческомъ періодѣ, такъ какъ, съ одной стороны, существующую въ наличности землю можно гораздо интензивнѣе использовать для пропитанія народа съ помощью орудій современной техники, а, съ другой стороны, облегченіе и ростъ оборота позволяютъ покрывать недостатокъ въ средствахъ пропитанія при помощи ввоза изъ странъ съ небольшимъ народонаселеніемъ, которыхъ и теперь довольно и еще долго будетъ вдоволь. Этотъ историческій процессъ притомъ еще только начинается. Быстрота, съ которою создающія эпохи изобрѣтенія, слѣдуютъ одно за другимъ, заставляетъ насъ забывать ихъ величіе, и мы едва еще сознаемъ, что осуществляется многое изъ того, что недавно еще считалось совершенно невозможнымъ. Успѣхи естествознанія будутъ, конечно, расти и придутъ къ такимъ результатамъ, о которыхъ мы также теперь не имѣемъ никакого представленія. Какъ скоро потребуется для пропитанія народа использование наличныхъ веществъ при посредствѣ химіи, насколько легко удастся разработка до сихъ поръ невоспользованныхъ земельныхъ участковъ напр. въ нашихъ колоніяхъ, какъ дешево будетъ обходиться впослѣдствіи ввозъ ихъ хлѣбородныхъ странъ,—этого вообще нельзя предвидѣть въ настоящее время.

Соотвѣтственно съ этими хозяйственными измѣненіями къ законодательству предъявляются весьма различныя требованія. Съ одной стороны ихъ ставятъ такія существованія, которыя ощущаютъ на себѣ гнетъ существующаго избытка и подвергаются опасности погибнуть. Правовыя нормы, которыя были выгодны для крупнаго капитала при тѣхъ обстоятельствахъ, когда вполнѣ возможно было неограниченное накопленіе капитала, стали оказывать теперь болѣе пагубное дѣйствіе, чѣмъ прежде. Возникаетъ серъ-

езное опасеніе поглощенія имъ средняго сословія и гибели земледѣлія. А этимъ, конечно, оправдывается требованіе принятія необходимыхъ мѣръ защиты. Эти мѣры, разумѣется, не способны воспрепятствовать экономическому перевороту и едва ли даже его замедлить, но онѣ для указанныхъ существованій смягчатъ быстроту удара и дадутъ имъ время приспособиться къ перемѣнившимся обстоятельствамъ, а, благодаря этому, и то, что вообще жизнеспособно, выживетъ и въ новой эпохѣ. Не подлежитъ сомнѣнію, что извѣстная устойчивость въ развитіи имѣетъ величайшую цѣнность не только для отдѣльныхъ лицъ, но и для самого общества. Однако, влияніе гражданского уложенія въ этомъ отношеніи чрезвычайно незначительно. Можно сожалѣть о такомъ его отношеніи къ новымъ явленіямъ, но причины этого слѣдуетъ признать и многочисленными, и вѣскими. Всѣ эти явленія для насъ еще новы. Въ правовой политикѣ, а также и въ налоговой системѣ все еще преобладаютъ у насъ воззрѣнія крупнаго капитализма. Въ существованіи описаннаго бѣдствія всѣ согласны, но по отношенію къ мѣрамъ, необходимымъ для ихъ облегченія, мнѣнія весьма различны. Въ уложеніе только въ послѣдніе моменты его составленія внесены были немногія и малозначительныя постановленія, имѣющія цѣлью защитить сословія, существованію которыхъ грозитъ опасность, отъ наступающаго порядка вещей, какъ напр., постановленіе относительно того, что имѣнія въ извѣстныхъ случаяхъ наслѣдованія должны оцѣниваться не по тому, что они стоятъ въ продажѣ, а по своему доходу. Но въ цѣлой системѣ уложенія эти постановленія выглядятъ чужеродными, и ихъ легко можно признать за позднѣйшія добавленія.

Съ другой стороны, тѣ партіи, которыя стремятся не къ постепенному преобразованію общества, а къ ниспроверженію существующей формы его организаціи, воспользовались обстоятельствами, чтобы предложить радикальную реформу въ своемъ смыслѣ. Онѣ потребовали въ области семейнаго права полнаго равенства мужчины и женщины въ бракѣ и внѣ брака, полнаго равенства брачныхъ и внѣбрачныхъ дѣтей и наивозможно большаго ограниченія родительскихъ правъ. Завершеніемъ системы должны были бы служить свободная для обѣихъ сторонъ расторгимость брака и низведеніе родительской власти до простой обязанности воспитанія. Пренія въ рейхстагѣ обнаружили много такого, что было весьма характеристично для новаго этического воззрѣнія. Выставлялось до нѣкоторой степени въ качествѣ нравственнаго постулата, что молодые

люди должны получать возможность вступать въ бракъ единственно на основаніи ихъ взаимной склонности, не обращая вниманія на то, существуютъ ли налицо матеріальныя основанія для созданія семьи или нѣтъ. Съ социаль-демократической точки зрѣнія все это очень послѣдовательно. Еслибы удалось въ дѣйствительности про-вести этотъ принципъ, тогда все среднее сословіе, у котораго семья не можетъ существовать безъ матеріальной опоры, должно бы было въ продолженіе одного только поколѣнія спуститься до пролетаріата. Этотъ принципъ воплоти свободнаго выбора не оказался однако совсѣмъ безъ вліянія. Онъ проявилъ его фактически въ томъ, что необходимость родительскаго согласія на бракъ для лицъ старше 21 года была уничтожена.

По поводу этихъ требованій можно согласиться съ тѣмъ, что измѣнившіяся хозяйственныя отношенія могутъ ввести также и иной семейный порядокъ. Меньшая зависимость человѣка отъ почвы, его большая способность къ передвиженію влекутъ за собой непосредственно и ослабленіе семейнаго союза. Если полагаютъ, что существующее въ настоящее время отношеніе между полями означаетъ только подчиненіе жены мужу, то это неврѣно; оно основывается скорѣе на раздѣленіи труда, при которомъ жена отнюдь не занимаетъ невыгоднаго положенія и внутри круга своихъ интересовъ имѣетъ очень большое вліяніе, хотя и исключается изъ нѣкоторыхъ функций. Болѣе крупныя обязанности мужа по меньшей мѣрѣ вознаграждаются его большими правами. Но этотъ порядокъ, разумѣется, основывается на социальномъ состояніи послѣдней эпохи. Если бы жена встала рядомъ съ мужемъ, какъ самостоятельная работница, то ея положеніе въ государствѣ, какъ и въ семьѣ, должно бы было быть инымъ. Не можетъ быть опроверженіемъ то, что съ исторической точки зрѣнія предъявляемыя требованія немыслимы. Потому что и теперешнее состояніе немыслимо, но при томъ переворотѣ, который совершается въ настоящее время какъ въ нашихъ воззрѣніяхъ, такъ и въ реальныхъ отношеніяхъ, мы должны быть готовы къ новому, можетъ быть, къ совершенно неожиданному.

Изъ всего этого, все таки, никакъ нельзя выводить того заключенія, что нашему законодательству нечего больше дѣлать, какъ только скорѣе сломать всѣ опоры существовавшаго донинѣ порядка, чтобы очистить свободное поле для новаго развитія. Куда оно направится, мы этого еще вообще не знаемъ, а еслибы и знали, все таки, несмотря на это, главнѣйшей задачей законодательства

оставалось бы предовратить внезапный разрывъ съ существующимъ и сдѣлать возможнымъ медленный и постепенный переходъ.

Подведемъ итогъ. Возникшее среди партійной борьбы новое уложеніе не удовлетворило всѣхъ требованій и не могло удовлетворить. Это—добросовѣстное, основательное и осмотнительное произведеніе, можетъ быть, лучшее, какое только могло быть при настоящихъ обстоятельствахъ. Свой истинный характеръ оно получить только при примѣненіи его на практикѣ, и задача будущей юриспруденціи состоитъ въ томъ, чтобы приспособить его къ тѣмъ новымъ отношеніямъ, о которыхъ мы въ настоящее время едва только можемъ имѣть представленіе. Но для того, чтобы этого достигнуть, необходимо содѣйствіе не только сословія юристовъ, но и всего германскаго народа. Что принесетъ ему уложеніе, будетъ зависѣть отъ него самого.

СНГ

СОВРЕМЕННОЕ
ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
ГЕРМАНИИ.

І. КОЛЕРА,

Профессора Берлинскаго университета.

СОБРЕМЕННОЕ

ТРАЖДАЧКОЕ ПРАВО

ТРАЖДАЧКОЕ ПРАВО

1917

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Долголѣтнее стремленіе германскаго народа къ единому кодифицированному праву завершилось наконецъ изданіемъ Германскаго гражданскаго уложенія. Благодаря этому съ 1 января 1900 года наступила новая эпоха въ германской правовой жизни. Огромное значеніе этого переворота мы въ состояніи оцѣнить только постепенно. Прежнее германское право было не только раздѣлено по отдѣльнымъ мѣстностямъ и раздроблено по частямъ; правовое состояніе Германіи не только носило въ себѣ зародыши раздвоенія, что выражалось между прочимъ въ томъ, что области гдѣ дѣйствовало французское право, въ своихъ научныхъ стремленіяхъ склонялись въ сторону Франціи, способъ и характеръ отправленія правосудія въ которой имѣли за собою очень крупныя преимущества,—но вмѣстѣ съ тѣмъ не исключена была и опасность антинаціональнаго теченія. Съ другой стороны, въ 19 вѣкѣ приняла совершенно иной, чѣмъ въ прежнія времена, характеръ и наука римскаго права. Она сдѣлалась теперь прямо враждебной германской правовой жизни. Въ то время какъ прежде послѣдняя могла довольствоваться римскимъ правомъ, ассимилируя его себѣ и приспособляя къ существу своихъ отношеній,—теперь возникаетъ совсѣмъ другое теченіе, которое провозглашаетъ, что слѣдуетъ безъ всякихъ оговорокъ принять въ Германіи въ качествѣ закона римское право въ томъ его видѣ, въ какомъ оно развилось въ Римѣ, и въ какомъ оно закрѣплено было Юстиніаномъ. Добрыя времена постглоссаторовъ, когда нѣмецкое право вливалось въ *Corpus juris civilis* и добрыя времена *usus'a modernus pandectarum*, въ которыхъ больше всего прибѣгали къ римскому праву,—миновали. Теперь, вмѣсто того, чтобы толковать *Corpus juris civilis* примѣнительно къ современному его пониманію

его стали объяснять по его собственному смыслу. Стали изучать чистое римское право, и такіе ученые, какъ Вангеровъ въ поразительномъ ослѣпленіи воображали, что можно защищать примѣненіе чистаго римскаго права въ качествѣ дѣйствующаго права и въ 19 вѣкѣ! У Виндшейда стремленіе придать чистому римскому праву схоластическимъ путемъ видъ законченной логически и детально разчлененной системы получило свое окончательное выраженіе. Дальнѣйшее господство римскаго права было бы во всѣхъ отношеніяхъ гибельно для юридической жизни Германіи. Все то, что въ Германіи выставляли въ качествѣ требованій новаго времени, развившагося въ ней новаго правосознанія и ея собственныхъ творческихъ силъ, ниспровергалось романистами однимъ положеніемъ: этого нѣтъ въ *Corpus juris civilis*, а творить новое право не въ нашей власти; еще менѣе можемъ мы признать за современнымъ германскомъ правосознаніемъ какую-либо силу или какое-либо вліяніе въ области образованія права.

Германское право нѣмецкаго происхожденія, изученіе котораго начало развиваться въ XIX вѣкѣ самымъ отраднымъ образомъ, было тѣмъ не менѣе далеко отъ того, чтобы имѣть силу вступить въ состязаніе въ области юридической догматики съ пандектами; оно занималось гораздо больше чисто историческими вопросами. Национально германскія правовыя идеи, находившія столь дружелюбный пріивѣтъ въ пандектной практикѣ предшествовавшихъ столѣтій, теперь попадали въ систему права лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ и казались осиротѣлыми. Мало по малу, однако, онѣ начинаютъ выступать на поверхность, и въ современномъ правѣ начинается все болѣе и болѣе сказываться вліяніе новыхъ идей. Но такъ какъ судебная практика съ трудомъ уступала новымъ теченіямъ, и такъ какъ она держалась твердо того убѣжденія, что было безъ сомнѣнія принято и „реципировано“ римское, а не нѣмецкое право, то въ отношеніи къ распространенію этихъ идей дѣло стояло въ очень печальномъ положеніи. Стремленіе къ кодификаціи привело къ образованію мѣстнаго (т. н. партикулярнаго) законодательства. Такое состояніе, и взятое само по себѣ, не могло считаться очень благоприятнымъ, но и то, что было здѣсь творческаго, не представляло собою ничего замѣчательнаго. Французское право, правда, по своей формѣ и по содержанію имѣло большія достоинства, но, какъ было уже выше указано, ненормальнымъ являлось такое положеніе, при которомъ часть народа въ отношеніи своего правового пониманія получала указанія изъ за-границы. *Прусское земское право*, которое

имѣло притязаніе включить въ свою область не только гражданское право съ торговымъ, но и публичное право, было плодомъ мелко-буржуазныхъ идей естественнаго права XVIII вѣка. Въ общемъ своемъ составѣ оно не исходило изъ широкой концепціи, не имѣло широкихъ контуровъ и было проникнуто подавляющей казуистикой. Въ основѣ его лежала мысль, что путемъ грубой законодательной регламентаціи возможно создать почву для проявленія великихъ интересовъ человѣчества, которые могутъ найти себѣ удовлетвореніе лишь при извѣстной степени свободы человѣческаго духа. Одну изъ составныхъ частей этой свободы въ особенности составляетъ то, чтобы наука о правѣ и судебная практика имѣли извѣстный просторъ для того, чтобы быть въ состояніи удовлетворять измѣняющимся потребностямъ времени и стоять на уровнѣ запросовъ данной современности. То, что дало развитіе права въ области дѣйствія прусскаго земскаго права, было не всегда отрадно между прочимъ по слѣдующей причинѣ: ему не доставало великой судебной практики, мощно направляемой пониманіемъ задачъ новаго времени, — задачъ опредѣляемыхъ переходомъ отъ аграрнаго къ богатому будущимъ промышленному государству, и надъ разрѣшеніемъ которыхъ трудилась судебная практика Франціи, Англіи и Америки. Истинно — научное изслѣдованіе права началось въ Пруссіи также сравнительно поздно, и при томъ благодаря ученому, который исходилъ въ своихъ изслѣдованіяхъ изъ точекъ зрѣнія общаго римскаго права и носилъ на себѣ вліянія школы этого права, а именно съ *Генриха Дернбурга*.

Что новое время можетъ дать нѣчто иное, это въ различныхъ отношеніяхъ доказало замѣчательно редактированное *торговое уложеніе*. При его составленіи имѣлось въ виду достичь чего-нибудь такого, что отвѣчало бы духу современнаго права, что завершило бы дѣятельность исторической школы, и что подготовило почву для новаго времени. Въ то время какъ историческая школа занята была прошлымъ, — теперь должна была найти выраженіе въ наукѣ исторія новаго времени, со всѣми его стремленіями, съ его борьбой и исканіями, со всѣми его индивидуалистическими, коллективистическими и социальными идеалами.

Во внѣшней исторіи *Германскаго гражданскаго уложенія* намѣчаются слѣдующіе моменты. Закономъ 20 декабря 1873 года было проведено измѣненіе конституціи Германской Имперіи въ смыслѣ расширенія законодательной компетенціи Имперіи на всю область гражданскаго права, въ то время какъ

раньше, согласно этой конституции, она распространялась лишь на некоторые части этого права. 15 апреля 1874 года подготовительная комиссия представила союзному совету свое мнение о порядке работ по составлению гражданского уложения, а 2 июня 1874 года союзным советом была учреждена для создания уложения комиссия из 11 лиц, председателем которой был назначен тогдашний президент имперского верховного суда по торговым делам, *д-ръ Пале*. Приступая к работам эта комиссия постановила назначить пять редакторов для составления предварительных проектов пяти книг, из которых должно было состоять будущее уложение; на основании этих проектов должны были происходить потом совещания комиссии. Относительно всего остального хода работ хранили таинственное молчание. О том, что происходило в комиссии можно было слышать лишь неясный шепот. Естественно, поэтому, что внимание общества все более и более направлялось в том смысле, чтобы услышать великие и способные удивить мир откровения комиссии. И вот, наконец, в исходе 1887 года проект с мотивами был представлен союзному совету. И тогда сразу же убедились, что над этой первой комиссией тяготел злой рок. Оказалось, что при создании комиссии напали на далеко не подходящих людей. Приглашенные в комиссию практики не обладали ни широким кругозором, ни оригинальными творческими силами. Еще менее удовлетворяли этим требованиям и теоретики. Один из них, *Виндгейдъ*, вращался в кругу беспочвенных абстракций и стоял далеко от свежей правовой жизни. Это был ученый, настолько очистивший право от реального содержания, что оно лишилось в его трудах всякой практической основы. Он заключил право, как растение, в гербарий; он не имел никакого чутя к потребностям современного оборота; он даже не считал относящимся к области науки права вопросы законодательной политики и народного хозяйства. А другой теоретик, *Ротъ*, давно уже погрузился в кропотливое изучение местных прав. Представленный комиссией проект вышел, поэтому, в высшей степени неудовлетворительным, нежизненным, безцветным, отвлеченным, по способу своего изложения почти непонятным. Тотчас видно было, что комиссия работала с большим неуспехом, что она вместо того, чтобы черпать свои нормы из живой действительности замучила себя формалистическими абстракциями. Работу она произвела правда, исчерпывающую, но в данном случае ценили не объем работы, а ее результат. Еще хуже

дѣло обстоило съ мотивами, которые были въ высшей степени недостаточны и бѣдны творческими мыслями. Благодаря этому каждымъ патріотически настроеннымъ въ 1888 году человѣкомъ, послѣ ознакомленія съ проектомъ, должно было овладѣть недовольство, и это послѣднее въ дѣйствительности не замедлило выразиться съ полной откровенностью. Однимъ изъ крупнѣйшихъ формальныхъ недостатковъ проекта была прямо таки опустошающая, убивающая духъ система ссылокъ; одна статья ссылалась на другую, другая на третью и т. д., такъ что проектъ въ цѣломъ принялъ шаблонный характеръ и создавалъ опасность, что имѣвшая развиться на его почвѣ юриспруденція станетъ совершенно формальной и мелочной.

Къ счастью, исторія Германіи судила иное. 4 декабря 1891 года была создана новая коммисія въ 22 человѣка для радикальной переработки проекта. Эта коммисія сумѣла въ сравнительно короткій промежутокъ времени превратить проектъ, негодный для практическаго употребленія, во вполне примѣнимый къ жизни кодексъ. При этомъ обнаружилось, что въ проектѣ пришлось удержать нѣчто такое, чего не могъ изгнать изъ него даже самый безжизненный культъ формы, а именно могучую нѣмецкую науку права. Того, что создала нѣмецкая юриспруденція, не могъ не признать и проектъ; и ему не удалось изгнать ея результаты, несмотря на всѣ свои ошибки и свою непригодность. И когда безпочвенные шаблоны проекта были разрушены, и былъ восстановленъ болѣе понятный нѣмецкій языкъ, создалось уложеніе, въ которомъ снова узнала себя нѣмецкая наука. Этому содѣйствовало и то, что въ то время какъ первая коммисія долгое время работала въ глубокой тайнѣ, какъ будто бы этимъ путемъ она могла открыть огромное количество невѣдомыхъ никому мудростей,—вторая не боялась гласности, и результаты ея совѣщаній безъ всякихъ препятствій становились достояніемъ общества. Въ 1895 году новый проектъ былъ переданъ союзному совѣту, а 18 января 1896 года онъ былъ представленъ на обсужденіе рейхстага, въ которомъ кое что, но очень немногое, было измѣнено. Коммисія рейхстага внесла нѣкоторые, несомнѣнно, существенныя исправленія, но пренія въ общемъ собраніи рейхстага мало касались наиболѣе важныхъ сторонъ уложенія. Здѣсь съ большей страстностью говорили о вредѣ, приносимомъ дичью, чѣмъ о спорныхъ гражданско-правовыхъ вопросахъ, которые оно затрагивало.

Второе и третье чтеніе происходили въ іюнѣ и въ іюлѣ 1896 года.

14 іюля проектъ уложенія былъ принятъ союзнымъ совѣтомъ, а 18 августа 1896 года кодексъ былъ обнародованъ. Такъ создалось Германское гражданское уложеніе.

Законодатель этимъ исполнилъ свою задачу. Теперь очередь за нѣмецкой юриспруденціей, которая должна взять въ свои крѣпкія руки дѣло науки права и правосудія. И въ дѣятельности нѣмецкой юриспруденціи, конечно, можно наблюдать періоды, когда нѣмецкая научная мысль погружается въ формализмъ и мелочность, но отъ этого не слѣдуетъ приходить въ уныніе: нѣмцевъ никогда не оставляетъ вѣчный духъ ихъ исторіи.

СПбГУ

А. ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

Книга первая.

Источники права.

§ 2. Источниками права, согласно общим положеніямъ науки права, являются *законъ и обычное право*. По ст. 2 закона о введ. въ дѣйствіе гражд. улож. эти два источника права имѣютъ равную силу, такъ что имперское обычное право равно имперскому закону, а мѣстное обычное право мѣстному закону. Что же касается автономіи, т. е. иныхъ факторовъ, способныхъ создавать нормы, то сюда относятся, во первыхъ, общественные союзы, которымъ дозволено со стороны государства устанавливать опредѣленнаго рода нормы, и, во вторыхъ, — князья и дворянство, пользующіеся, по ст. 57 и 58 зак. о введ. въ дѣйст., правомъ автономнаго законодательства.

Дальнѣйшее изложеніе будетъ имѣть основаніемъ по преимуществу имперскіе законы, и главнымъ образомъ Германское гражданское уложеніе.

§ 3. Принятый въ Германскомъ гражданскомъ уложеніи способъ изложенія можетъ дать поводъ къ большимъ недоразумѣніямъ. Несомнѣнно прежде всего то, что оно недоступно для народнаго пониманія. Языкъ его совершенно другой, чѣмъ напр. въ *Code civil*; оно далеко не такъ общедоступно для пониманія, какъ Германское торговое уложеніе. Оно имѣетъ крайнее стремленіе къ абстракціи и желаетъ выразить содержаніе права въ отвлеченныхъ образахъ. Но чѣмъ болѣе случаевъ подводится подъ одно правовое положеніе, тѣмъ это положеніе становится общѣе и безсодержательнѣе. При такой задачѣ нужно бываетъ исключить изъ содержанія нормы все кон-

кретное, такъ чтобы осталось только одно положеніе, связанное съ понятіемъ, объемлющимъ всѣ регулируемыя явленія. Въ одномъ отношеніи это представляетъ нѣкоторое удобство. Когда кодексъ исходитъ въ своихъ постановленіяхъ изъ конкретныхъ явленій, то дѣло извлеченія изъ этихъ постановленій абстрактныхъ понятій и созданія высшихъ руководящихъ положеній составляетъ задачу науки. Здѣсь же наука освобождается отъ этой обязанности, и законодатель самъ предпринимаетъ созданіе абстракцій или заимствуетъ ихъ для кодекса изъ науки. Но эта выгода парализуется крупнымъ недостаткомъ, который пріобрѣтаетъ благодаря ей кодексъ. Уложеніе становится въ высшей степени недоступнымъ и непонятнымъ для народа. Народъ не можетъ подняться до такихъ отвлеченностей. Онъ можетъ представить себѣ право, когда дѣло идетъ о конкретномъ случаѣ. Поэтому народные правовые сборники почти всегда даютъ въ своемъ изложеніи конкретные случаи и ими иллюстрируютъ правовыя положенія. Если, напр., высказать нѣкоторое положеніе о юридической сдѣлкѣ, то оно будетъ менѣе понятно, чѣмъ въ томъ случаѣ, если то же положеніе будетъ высказано примѣнительно къ договору; если же его высказать примѣнительно къ договору, то оно будетъ менѣе понятно, чѣмъ если бы его привести при изложеніи постановленій о куплѣ-продажѣ. Если, напр., говорить, что продавецъ долженъ быть дѣеспособнымъ, что онъ не имѣетъ права извлекать изъ этого договора выгоды при помощи обмана, то это понятнѣе, чѣмъ слова гражд. улож. о томъ, что дѣеспособность необходима для совершенія юридическихъ поступковъ или юридическихъ сдѣлокъ, или, что обманъ при юридическихъ сдѣлкахъ имѣетъ послѣдствіемъ оспариваніе ихъ дѣйствительности.

Такимъ образомъ существуютъ два исключаютія другъ друга достоинства гражданского кодекса. Если законъ хочетъ быть отвлеченнымъ, то онъ не можетъ быть понятнымъ народу; если онъ желаетъ быть народнымъ, то онъ не можетъ быть отвлеченнымъ. На этомъ пути можно выбирать то или другое зло. Другой вопросъ, не пошло ли германское гражданское уложеніе, разъ оно избрало путь абстракцій, слишкомъ далеко, не могло ли бы оно найти нѣкоторый средній путь, помѣщая при общихъ положеніяхъ конкретные примѣры. Въ этомъ отношеніи германское гражданское уложеніе, несомнѣнно, несвободно отъ упрека.

Но большаго упрека заслуживаетъ слѣдующее. Если хотѣли абстрагировать, то должны были облегчить пониманіе закона упо-

требленіемъ нѣкоторыхъ выразительныхъ словъ, а особенно нѣкоторыхъ сильныхъ образныхъ выраженій. Но на это редакторы уложения не обратили никакого вниманія. Подобнаго рода выраженія отнюдь не должны быть архаизмами; они не должны вести свое происхожденіе отъ саксонскаго зеркала. Достаточно обратить вниманіе на то, какими мѣткими древне-нѣмецкими выраженіями обладаетъ до сихъ поръ правовая языкъ Швейцаріи. Я хотѣлъ бы привести только одинъ примѣръ. Законъ предоставляетъ право отцу, имѣющему расточительнаго сына, ограничить распоряженіе наслѣдствомъ, которое онъ ему оставляетъ, такимъ образомъ, чтобы капиталная сумма была неприкосновенна, а сынъ имѣлъ бы право, не трогая капитала, пользоваться только доходами съ него. Это постановляетъ уложеніе въ § 2338. Но тутъ было бы подходяще опредѣлить подобное обстоятельство драстическимъ выраженіемъ; и если не пожелали избрать такого выраженія, какъ „*vinikulieren*“, то можно было, подобно швейцарскому праву сказать „*Verklammerung*“. Эти выраженія были бы понятны въ народѣ каждому; они легко привились бы въ употребленіи, и законъ много выигралъ бы съ точки зрѣнія своей народности. Совершенно безжизненны и другія выраженія закона, какъ напр. „*Kraftloserklärung einer Urkunde*“ (объявленіе документа не имѣющимъ силы). Между тѣмъ въ дѣйствительности документъ не объявляется не имѣющимъ силы, а поражается на смерть. Можно было бы говорить о мортизації (*Todeserklärung*) документа, это было бы сильнѣе и нагляднѣе, при чемъ отвлеченная сила обозначенія и объема понятія нисколько бы не пострадала. Существуютъ, конечно, люди, которые все образное считаютъ недостаточно величавымъ, серьезнымъ; но это предразсудокъ, который долженъ былъ бы исчезнуть со времени Гёте.

Въ остальномъ большое достоинство уложенія заключается въ томъ, что его языкъ почти до педантизма продуманъ по своей послѣдовательности. Но, съ другой стороны, благодаря устарѣлому и неэлегантному въ научномъ смыслѣ стремленію указать постоянно распредѣленіе бремени доказательства, уложеніе много потеряло въ ясности и стройности и производитъ впечатлѣніе тяжеловѣсности.

Критика упрекала уложеніе въ доктринализмъ, — но этотъ упрекъ справедливъ только относительно формы, а не содержанія. Содержаніе кодекса можетъ заслужить упрекъ въ доктринализмъ только въ томъ случаѣ, если законъ приводитъ къ непрактичнымъ результатамъ, потому что тогда приходится руководствоваться при при-

мѣненіи права неправильнымъ обобщеніемъ понятій сомнительнаго качества. Но этого нельзя утверждать относительно германскаго уложенія. Говорить противное можно только при совершенно несоотвѣтствующемъ содержанію закона его пониманіи, т. е. при толкованіи закона только по буквальному его смыслу, не спрашивая о томъ, не содержится ли въ словахъ закона скрытыхъ ограниченій и оговорокъ, которыхъ требуетъ самъ по себѣ разумъ закона. Такъ, напр., уложеніе говорить, что у вѣрителя можетъ быть потребовано должникомъ письменное удостовѣреніе или квитанція въ полученіи удовлетворенія. Пониманіе этого правила, установленнаго § 368, при толкованіи, несоотвѣтствующимъ его разуму, могло бы привести къ слѣдующему заключенію. Въ статьѣ устанавливается долговое обязательство для вѣрителя выдать квитанцію въ полученіи удовлетворенія, а такъ какъ въ случаѣ выдачи этой квитанціи вѣрителемъ становится должникъ, то на его сторонѣ лежитъ обязанность выдать удостовѣреніе въ полученіи удовлетворенія и т. д. до безконечности. Но противъ такихъ крокодиловыхъ умозаключеній не защищенъ, конечно, ни одиъ кодексъ.

Затѣмъ высказалось опасеніе, что статьи закона, относящіяся къ брачному праву, поведутъ къ постояннымъ процессамъ между супругами, и что, по смыслу этихъ статей, мужъ и жена могутъ ежедневно звать другъ друга въ судъ, такъ какъ, согласно § 1354 гражд. улож., мужу предоставляется рѣшать всѣ вопросы, касающіеся совмѣстной супружеской жизни, а жена имѣетъ право возражать, что такого рода рѣшеніе есть злоупотребленіе правомъ, принадлежащимъ мужу. Но однако такихъ случаевъ до сихъ поръ пока не было и, можно думать, никогда не будетъ. Путь судебного разбирательства такъ труденъ и сопряженъ съ такими непріятностями, что супруги всегда найдутъ другія средства для разрѣшенія своихъ недоразумѣній ¹⁾. Только въ крайнихъ случаяхъ они обратятся въ судъ. А что такое обращеніе допущено, это социальная необходимость въ интересахъ защиты жены, если только признать, что она не должна быть совершенно угнетена.

¹⁾ Нѣсколько времени тому назадъ автора этой статьи посѣтилъ одинъ французскій юристъ, пріѣхавшій для изученія вопроса о томъ, въ какой формѣ происходитъ разсмотрѣніе отношеній супруговъ передъ опекунскими судами. Въ Парижѣ думали, что въ Берлинѣ ежедневно передъ судами происходитъ переканка между супругами. Я указалъ французу на одного изъ практиковъ, и онъ тотчасъ же его успокоилъ.

Упрекали, далѣе уложеніе въ томъ, что оно слишкомъ проникнуто *римскими вліяніями*. Но изученіе уложенія доказываетъ совершенно обратное.

Однимъ изъ выдающихся достоинствъ уложенія является то, что оно спасло изъ нѣмецкаго права весьма много такого, что безвозвратно погибло бы подъ натискомъ Виндшейдовской романистики XIX вѣка. Куда мы ни заглянемъ въ уложеніи, вездѣ мы найдемъ слѣды нѣмецкаго права, и мы можемъ даже утверждать, что обширная область нѣмецкаго права вновь сдѣлалась намъ понятной благодаря уложенію. Когда, напримѣръ, проектъ уложенія захотѣлъ постановить, что земельные сервитуты не могутъ быть приобретаемы давностью, а возникаютъ только въ силу соглашенія и послѣ внесенія въ поземельную книгу, то противъ этого былъ возбужденъ, и именно со стороны германистовъ, сильнѣйшій протестъ. Теперь хорошо знаютъ, что уложеніе этимъ положеніемъ возстановило только одно изъ основныхъ положеній нѣмецкаго права и сохранило имъ нѣмецкую правовую жизнь отъ многихъ превратностей и тяжелыхъ потрясеній. Въ остальномъ все вещное право по существу германское, семейное право почти вполне, наследственное право цѣликомъ насыщено германскими правовыми идеями, и даже въ обязательномъ правѣ мы выслѣживаемъ германско-правовыя основы. Совершенно то же мы наблюдаемъ въ общей части. Такъ, напр., оспариваніе юридическихъ дѣйствій по существу своему построено на германско-правовой основѣ. Что же касается долговыхъ обязательствъ, то я отмѣчу только структуру купли-продажи, аренды, бумагъ на предъявителя и особенно ученіе о возмѣщеніи вреда и ущербовъ, причиненныхъ недозволенными дѣйствіями.

Наконецъ, не заслуживаетъ вниманія и упрекъ въ томъ, что уложеніе *несоціально*. Должно наоборотъ сказать, что въ противоположность дѣйствовавшему до него праву, уложеніе обратило серьезное вниманіе на интересы низшихъ классовъ населенія. Въ неправомерности тяжелыхъ упрековъ, которые ему дѣлаютъ въ этомъ отношеніи, легко убѣдиться, если разсмотрѣть, напр., постановленія уложенія о наймѣ жилищъ, постановленія о наймѣ услугъ §§ 826 и 829, рѣзкое отношеніе къ ростовщичеству въ § 138, объ обществахъ и союзахъ и т. д. Конечно, германское уложеніе не имѣло цѣлью включить въ себя все соціальное право. Это послѣднее собрано по большей части въ другихъ имперскихъ законахъ, а именно въ ремесленномъ уставѣ и въ соціальныхъ законахъ о страхованіи.

И это вполне правильно. Относящіяся къ нему постановленія по большей части выходятъ за предѣлы частнаго права или касаются такихъ тѣсно ограниченныхъ общественныхъ круговъ, что общее гражданское уложеніе является совсѣмъ неподходящимъ мѣстомъ для изложенія этихъ постановленій.

Книга вторая.

Основные мысли.

§ 4. Гражданское уложеніе исходитъ, естественнымъ образомъ, изъ *частно-правового порядка*, т. е. изъ порядка, по которому имущество, т. е. совокупность предметовъ внѣшняго міра, служащихъ къ удовлетворенію человѣческихъ потребностей, можетъ принадлежать единому лицу. Противоположностью этого порядка является коммунистическій, при которомъ имущество можетъ быть только общимъ достояніемъ племени или семьи. Оно исходитъ, далѣе, изъ положенія, что отдѣльная личность имѣетъ право, хотя и не безусловно, однако въ широкихъ предѣлахъ распоряжаться этимъ имуществомъ, т. е. совершать измѣненія въ его юридическомъ положеніи. Поэтому хозяйственная жизнь во многихъ отношеніяхъ есть жизнь отдѣльной личности (индивидуальная). Эта индивидуалистическая структура хозяйства и права не исключаетъ, конечно, наличности социальныхъ (союзныхъ) образований. Она не исключаетъ того: 1) что большая масса имуществъ человѣчества подчинена такому порядку, при которомъ она совершенно недоступна для индивидуальнаго обладанія, и 2) что имущества, подлежащія прежде всего частноправовому порядку, во многихъ пунктахъ стоятъ внѣ порядка частноправового оборота. Къ первой группѣ принадлежатъ въ особенности море и воздухъ, ко второй улицы, общественныя зданія, крѣпости и другія.

Юридическое положеніе этихъ предметовъ во многомъ связано съ отношеніями публичнаго права, чтобы оно могло быть установлено въ гражданскомъ уложеніи. Регулированія ихъ мы должны, поэтому, искать въ правѣ отдѣльныхъ государствъ даже въ томъ случаѣ, если дѣло касается предметовъ собственности Германской имперіи, посвященныхъ публичнымъ цѣлямъ. Только немногія постановленія имперскаго законодательства, въ видѣ исключенія, опре-

дѣляютъ порядокъ обладанія ими и устанавливають регулирующія его правила ¹⁾).

Еще менѣе исключаетъ индивидуалистическій строй то, чтобы собственность въ гражданско-правовомъ смыслѣ принадлежала большимъ или меньшимъ союзамъ, права которыхъ на нее опредѣляются тѣми же нормами гражданского права. Въ такомъ смыслѣ имущество можетъ быть посвящено общественнымъ цѣлямъ, не будучи выведено изъ гражданского правопорядка, а этотъ послѣдній можетъ служить средствомъ осуществленія цѣлей публичнаго права.

Но и свобода распоряженія имуществомъ не исключаетъ возможности глубоко захватывающихъ ограниченій. Она не исключаетъ въ особенности того: 1) чтобы публичное право отказывало ряду юридическихъ дѣлокъ въ признаніи ихъ дѣйствительности; 2) чтобы публичное право допускало наступленіе такихъ юридическихъ послѣдствій, которые не соотвѣтствуютъ ожиданіямъ стогонъ, и 3) чтобы публичное право въ отдѣльныхъ случаяхъ налагало запрещеніе на обладаніе отдѣльными предметами или изымало ихъ изъ распоряженія отдѣльныхъ лицъ.

§ 5. *Человѣческое общество* понимается уложеніемъ въ ново-историческомъ смыслѣ. Люди соединены въ государства, а государство есть высшій и предѣльный порядокъ общежитія, высшая и послѣдняя инстанція, опредѣляющая юридическое положеніе личности въ кругу своихъ согражданъ. Всѣ другіе мѣстные союзы, раньше столь могущественные, стоятъ подъ верховенствомъ государства. Семья выступаетъ еще въ качествѣ особаго соціального учрежденія, съ нѣкоторыми важными юридическими послѣдствіями, но она больше не единство, она больше не носительница семейнаго имущества. Самое большее изъ этихъ слѣдствій состоитъ въ томъ, что въ нѣкоторыхъ старинныхъ учрежденіяхъ, какъ семейныя фидейкоммисы или семейныя установленія, сохранились еще воспоминанія о существовавшемъ нѣкогда строѣ семьи, какъ отдѣльной личности ²⁾).

Субъектомъ права прежде всего, естественно, считается отдѣльный человѣкъ, и великимъ принципомъ новаго времени является

¹⁾ Въ этомъ отношеніи существенъ для прибрѣтеній имперіи законъ 25 мая 1873 г., согласно которому собственность на предметы, которые посвящены служебнымъ цѣлямъ, переходитъ къ имперіи при передачѣ данной отрасли службы изъ вѣдѣнія отдѣльнаго государства въ заведеніе имперіи (съ сохраненіемъ резолютивнаго условія, см. § 6).

²⁾ См. по этому поводу превосходные мотивы новаго прусскаго проекта о фидейкоммисахъ, стр. 31 слѣд.

то, что каждый человекъ съ момента окончившагося рожденія получаетъ правоспособность. Этотъ принципъ дѣйствуетъ безусловно; онъ не знаетъ исключеній. Покровительствомъ права пользуется и несчастно-рожденный; достаточно искры жизни, чтобы человекъ подпалъ подъ государственную защиту права, какъ полноправный гражданинъ земли. Не заходить ли это покровительство съ точки зрѣнія полезности слишкомъ далеко, это другой вопросъ; но оно соответствуетъ нашему современному воззрѣнью.

Нѣтъ больше рабовъ и людей полусвободныхъ. Благодаря этому уничтоженъ до основанія весь римскій общественный порядокъ, который былъ совершенно непонятенъ безъ рабства. Погибъ и средне-вѣковой строй съ его системой полусвободныхъ и ограниченно свободныхъ. Средне-вѣковой порядокъ крѣпостной зависимости и помѣстнаго господства—порядокъ, въ силу котораго каждая личность неминуемо вступала въ служебныя отношенія,—уничтожился. Въ этомъ отношеніи предварительная работа была совершена 100 лѣтъ тому назадъ французской революціей, и это знаменіе новаго времени получило расцвѣтъ въ Code civil, со времени изданія котораго наступилъ уже столѣтній юбилей. Не существуетъ также людей, лишенныхъ мира и подлежащихъ надзору. Никакое государственное распоряженіе не можетъ сдѣлать человека опальнымъ и лишить правовой защиты. То, что въ этомъ отношеніи существовало еще въ старинныхъ учрежденіяхъ, вродѣ гражданской смерти и т. д., было уничтожено въ теченіе XIX вѣка.

Отдѣльное лицо можетъ, правда, и теперь какъ въ своей внѣшней жизни, такъ и въ правовомъ распоряженіи своей личностью, быть подчинено высшимъ властямъ, но это можетъ быть допущено только постольку, поскольку этого требуетъ преслѣдуемая при этомъ цѣль и при условіи возможной пощады его личности.

Такое положеніе можетъ наступить:

- 1) въ наказаніе по отношенію къ лицу, подлежащему наказанію;
- 2) въ интересахъ воспитанія (принудительнаго);
- 3) въ интересахъ обороны отечества путемъ привлеченія къ отбыванію воинской повинности;
- 4) въ интересахъ гигіены (ср. законъ относительно борьбы съ заразными болѣзнями 30 іюля 1900 года § 11 сл.);
- 5) потому что государство образуетъ принудительныя товарищества, т. е. объявляетъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ, что всѣ лица извѣстнаго круга образуютъ товарищество, которое бо-

лѣе или менѣе подчиняетъ своимъ цѣлямъ отдѣльную личность, но исключительно въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ отношеніяхъ;

6) путемъ отдачи подъ опеку и попечительство въ интересахъ несовершеннолѣтняго или лишеннаго дѣеспособности. Это подчиненіе имѣетъ цѣлью только защиту интересовъ опекаемаго и не должно давать опекунамъ возможности наживы или извлеченія какихъ либо личныхъ выгодъ изъ опеки. Въ этомъ отношеніи могутъ быть приняты во вниманіе только интересы членовъ семьи, какъ это имѣетъ мѣсто при опекѣ по расточительности. Въ современномъ понятіи родительской власти и связанномъ съ нимъ правѣ пользованія имуществомъ дѣтей также замѣтны отстатки старой идеи о семейномъ имуществѣ и старинной *tutela fructuaria*.

Затѣмъ имѣетъ силу принципъ, что отдѣльное лицо можетъ вступить по своему желанію въ отношеніе подчиненія къ другому, но это можетъ быть совершено только въ силу его свободного рѣшенія. Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что такое самоподчиненіе могло бы повести въ нѣкоторыхъ случаяхъ къ порабощенію и не-свободѣ, а въ минуты необдуманности, и особенно въ моменты хозяйственнаго бѣдствія, отдѣльное лицо можетъ дать согласіе на вступленіе въ отношеніе продолжительной зависимости. Но этому противится современный правовой порядокъ; подобнаго рода порабощеніе было бы противно нашему идеалу права. И потому современное право разрѣшаетъ только временное служебное подчиненіе одного лица другому, и соответствующее соглашеніе объ этомъ ограничивается короткимъ срокомъ. Наемъ услугъ, по германскому гражданскому уложенію (§ 624), не можетъ продолжаться безъ права отказа больше 5 лѣтъ; договоръ товарищества на всю жизнь имѣетъ такую же силу, какъ и всякій договоръ безъ опредѣленія срока, съ правомъ отказа во всякое время (§ 724) ¹⁾.

Равнымъ образомъ только въ очень тѣсныхъ предѣлахъ допускаются договоры, въ силу которыхъ одно лицо обязывается не совершать извѣстныхъ дѣйствій (негативные договоры), и которыми изъ жизненнаго обихода отдѣльнаго человѣка выдѣляютъ въ качествѣ недозволенныхъ отдѣльныя стороны. Сюда преимущественно относится отказъ отъ конкуренціи, благодаря которому человѣкъ

¹⁾ Уже древнѣйшіе законы, стремившіеся къ огражденію свободы лица, сокращали пожизненные договоры о наймѣ услугъ, какъ, напр., талмудъ, см. Schaffer, *Recht nach Talmud*, стр. 79.

лишается определенной сферы приобретения; такого рода отказъ дозволяется только съ ограниченіями, связанными съ мѣстомъ, срокомъ и содержаніемъ договора. Точно также уничтожена неспособность лицъ, посвятившихъ себя монастырской жизни, которая рѣзко была выражена въ *прусскомъ земскомъ правѣ* (II. 11 § 1199: послѣ даннаго церковнаго обѣта монахи и монахини по отношенію ко всѣмъ мірскимъ сдѣлкамъ разсматриваются какъ умершіе)¹⁾. Мѣстнымъ законодательствамъ предоставлено только право издавать узаконенія, направленные къ ограниченію приобретений монастырей путемъ пожертвованій и отказовъ на случай смерти (ст. 87 зак. о введ. въ дѣйств.).

Уничтоженъ также весь средневѣковый *сословный строй*, который раздѣлялъ народъ на разные отличные другъ отъ друга правовые классы и каждому классу давалъ свое особое право. Сохранены только немногіе остатки, какъ, напр., права высшаго дворянства съ его особымъ порядкомъ семейнаго строя и наследованія. Кромѣ того, существуютъ нѣкоторыя особенности для юридическихъ отношеній купцовъ. Нельзя затѣмъ не указать на то, что имѣютъ дѣйствіе нѣкоторыя полицейскія предписанія для отдѣльныхъ профессиональныхъ классовъ, но они не создаютъ особыхъ пормъ гражданско-правоваго характера; самое большее въ чемъ они оказываютъ вліяніе на гражданское право, представляетъ собою нѣсколько отдѣльныхъ особенностей.

Въ послѣднее время, правда, создались новыя социальныя образованія, въ которыхъ опредѣленные классы населенія въ правовомъ отношеніи поставлены особымъ образомъ. Но это было совершенно въ интересахъ оказанія помощи этимъ классамъ въ виду менѣе благопріятнаго фактическаго ихъ состоянія и экономическаго положенія. Отсюда цѣлое такъ называемое социальное законодательство, охрана рабочихъ въ отношеніи ихъ къ нанимателямъ, заботы на случай ихъ болѣзни, помощь при несчастныхъ случаяхъ, старости и дряхлости, къ чему, въ заключеніе, присоединяется поддержка ихъ при безработицѣ. На этой почвѣ возникаетъ, несомнѣнно, нѣкоторый сословный строй, но по своимъ цѣлямъ этотъ послѣдній совершенно отличенъ отъ средневѣковаго. При помощи указанныхъ мѣръ стремятся установить не различія и неравенство, но, наоборотъ, смягчить

¹⁾ Это постановленіе считается и до сихъ поръ сохраняющимъ свою силу, хотя прусская конституція могла бы дать достаточныя основанія для того, чтобы странить этотъ устарѣлый порядокъ.

фактическое неравенство и по возможности уравнивать наступившее благодаря обстоятельствам болѣе приниженное положеніе означенной группы населенія.

Особый видъ соціальнаго попеченія представляетъ собою великая мысль о страхованіи, возникшая въ среднія вѣка, но по своему существу принадлежащая новому времени. Страхованіе можно провести путемъ государственнаго принужденія, и это до нѣкоторой степени и есть мысль германскаго соціальнаго законодательства. Но организація страхованія можетъ быть предоставлена и гражданско-правовому порядку, чтобы при его помощи устранить такіа неустройства, которыя въ строѣ, основанномъ на частной собственности, возникли влѣдствіе разъединенія имуществъ. Основное положеніе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и основная невыгода этого разъединенія заключаются въ формулѣ: *casum sentit dominus*. Въ эпоху общаго обладанія имуществомъ послѣдствія несчастныхъ случаевъ, разрушающихъ имущество, несетъ все общество. Дѣломъ общества является по возможности предупредить несчастіе, а разъ оно случилось, покрыть происшедшій отъ него убытокъ. Благодаря такому порядку отдѣльное лицо какъ бы почиваетъ на лонѣ общества, оно благоденствуетъ или гибнетъ вмѣстѣ съ обществомъ.

Но это измѣняется при системѣ личной частной собственности. Здѣсь отдѣльное лицо само извлекаетъ всѣ выгоды изъ своего имущества, но вмѣстѣ съ тѣмъ оно несетъ на себѣ и всѣ несчастія, обрушивающіяся на его добро. И если стихіи уничтожатъ его добро, то ему ничего не остается, какъ взять дорожную палку или обратиться къ состраданію сосѣдей и сотоварищей. Здѣсь то и возникаетъ мысль о страхованіи, при которомъ за уплату умѣреннаго размѣра взносовъ такъ назыв. *рискъ*, т. е. возможность гибели имущества, переносится на другое лицо, по большей части на большую совокупность лицъ, при чемъ сами лица, которымъ угрожаетъ опасность, могутъ образовать такого рода совокупность для покрытія предстоящихъ убытковъ.

По наступленіи несчастія страховщикъ, т. е. указанная совокупность лицъ, должна выступить на мѣсто потерпѣвшаго вредъ для возмѣщенія послѣдняго. Такимъ образомъ гражданское право въ себѣ самомъ находитъ силу для исправленія своихъ недостатковъ и излеченія своихъ болѣзней. Само собой разумѣется, что разъ люди полагаются на столь величественный порядокъ самоисправленія вреда, то и возникшія въ качествѣ его основы благотворительныя учрежденія должны стоять подъ общественнымъ

контролемъ и быть подчинены опредѣленному надзору со стороны государства.

Книга третья.

Лица.

1. Люди.

§ 6. Личность человѣка возникаетъ съ момента окончанія рожденія (гражд. улож. § 1) и прекращается съ его смертью. Состояніе неизвѣстности относительно того, находится или нѣтъ человѣкъ въ данное время въ живыхъ, уже въ средневѣковомъ правѣ вызвало образованіе института *объявленія лица умершимъ*. Этотъ институтъ перешелъ и въ современные законодательства и здѣсь имѣетъ своимъ основаніемъ отчасти германско-правовыя идеи, а отчасти дальнѣйшее развитіе римскихъ правовыхъ положеній, и въ обычномъ правѣ вылился въ разнообразныя формы.

Къ началамъ германскаго права восходитъ предоставленіе семьѣ безвѣстно-отсутствующаго правъ на его имущество. Эти права состоятъ въ томъ, что на первыхъ порахъ семья получаетъ только право управленія и пользованія, а со временемъ становится настоящимъ наслѣдникомъ. Эта система, которая принята и французскимъ правомъ, имѣетъ тотъ недостатокъ, что она основывается на моментѣ безвѣстнаго изчезновенія лица, между тѣмъ какъ предположеніе о его смерти не говоритъ еще за то, чтобы пропавшій безъ вѣсти умеръ въ дѣйствительности и именно въ этотъ моментъ. Другая точка срѣнія исходитъ изъ того положенія, что человѣкъ, пропавшій безъ вѣсти въ возрастѣ 100 или 70 лѣтъ, долженъ считаться умершимъ въ силу закона. Защита этого положенія часто встрѣчается у итальянскихъ писателей. Оно же перешло затѣмъ въ саксонское право, которое объявляетъ человѣка пропавшаго безъ вѣсти въ возрастѣ 70 лѣтъ умершимъ.

Дальнѣйшее развитіе, получившее наиболѣе чистое выраженіе въ германскомъ правѣ, состоитъ въ томъ, что съ продолжающимся долгое время безвѣстнымъ отсутствіемъ связываютъ предположеніе о смерти лица, независимо отъ его возраста. Послѣднее разумнѣе, потому что всякое предположеніе, что люди, находящіяся въ безвѣстномъ отсутствіи, старѣютъ и даже достигаютъ семидесятилѣтняго возраста, лишено всякихъ основаній. Наоборотъ исполнѣ со-

образно съ положеніемъ вещей предположить, что продолжительное отсутствіе указываетъ на смерть. Если представляется само по себѣ страннымъ, что человѣкъ, который еще живъ, находится въ безвѣстномъ отсутствіи, то предположеніе о его смерти увеличивается тогда, когда его отсутствіе продолжается долго, причемъ, разумѣется, слѣдуетъ принимать во вниманіе обстоятельства, при которыхъ происходитъ безвѣстное отсутствіе; всегда вѣдь возможно, что кто нибудь устранился отъ всѣхъ сношеній съ родиной, потому что имѣлъ основаніе изъ нея скрыться.

Такимъ образомъ рациональнымъ процессомъ при безвѣстномъ отсутствіи слѣдуетъ считать тотъ, въ силу котораго, въ качествѣ общаго правила, продолжительное отсутствіе ведетъ къ предположенію о смерти, но который при этомъ обращаетъ вниманіе на обстоятельства случая и объявляетъ лицо умершимъ послѣ соотвѣтственнаго изслѣдованія и оцѣнки случая. То, что здѣсь мы признаемъ цѣлесообразнымъ, принято и германскимъ гражданскимъ уложеніемъ. Согласно его постановленіямъ, десятилѣтнее отсутствіе свидѣтельству о смерти даннаго лица, но при однихъ обстоятельствахъ этотъ срокъ больше, при другихъ меньше. Независимо отъ этого на обязанность суда первой инстанціи возлагается производство вызова и необходимаго разслѣдованія. Объявленіе лица умершимъ происходитъ путемъ судебнаго приговора, который можетъ быть опротестованъ въ опредѣленный срокъ (§§ 14 слѣд, 18 гражд. улож. и §§ 952, 957, 960 слѣд. уст. гражд. суд.).

Послѣдствія объявленія лица умершимъ, какъ это съ давнихъ поръ установилось въ Германіи, имѣютъ только декларативное значеніе. Это не значитъ, что въ силу этого объявленія умершимъ человѣкъ въ дѣйствительности признается мертвымъ, но лишь то, что онъ предполагается умершимъ въ опредѣленное время. Возбуждавшійся въ связи съ этимъ старый вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли соединять съ предположеніемъ о смерти вмѣстѣ и предположеніе о жизни, т. е. о томъ, что объявленный умершимъ былъ живъ до момента предполагаемой смерти, разрѣшенъ уложеніемъ положительно. И это правильно. Разъ желаютъ путемъ признанія человѣка умершимъ установить нѣчто неизбѣжное, то надо говорить категорично, а не выражаться гипотетично въ томъ родѣ, что „данное лицо умерло тогда-то, а можетъ быть и раньше“. Нужно наоборотъ, сказать, что по закону онъ умеръ именно въ такой-то день. Законъ предполагаетъ и часъ смерти, потому что, если ничего нельзя установить по этому поводу точно, то имѣетъ силу по-

ложение, что „мертвый вступаетъ въ гробъ въ то время, когда бьетъ полночь“.

Признаніе человѣка умершимъ облегчается въ трехъ случаяхъ, потому что здѣсь въ пользу предположенія о смерти говорятъ очень настоятельныя соображенія. Во-первыхъ, если военный во время войны пропадаетъ безъ вѣсти, во-вторыхъ, если кто-нибудь находился на потонувшемъ кораблѣ и пропалъ безъ вѣсти, и, въ-третьихъ, если человѣкъ подвергался смертельной опасности, т. е., наступили обстоятельства, которые ставятъ ребромъ рѣшеніе вопроса, живъ ли онъ или нѣтъ. Въ этихъ трехъ случаяхъ смерть приурочивается ко времени существованія опасности, т. е., ко времени кораблекрушенія и другой смертельной опасности; только во время войны ея наступленіе связываютъ съ концомъ войны или годомъ заключенія мира, такъ какъ возможно, что человѣкъ, пропавшій безъ вѣсти въ битвѣ или при другихъ обстоятельствахъ, находится въ плѣну и потомъ оказывается живымъ.

Во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ назначенъ срокъ, послѣ котораго лицо признается умершимъ безусловно. Въ случаяхъ первомъ и третьемъ три года, а во второмъ одинъ годъ. Но этотъ выжидательный срокъ не имѣетъ никакого вліянія на установленіе момента смерти; во всѣхъ этихъ случаяхъ онъ прибавленъ лишь ради большей достовѣрности.

Послѣдствія признанія человѣка умершимъ будутъ выяснены въ своемъ юридическомъ значеніи въ связи съ другими основными вопросами права. Объявленный умершимъ съ одной стороны мертвъ, а съ другой нѣтъ. Если будетъ доказана его дальнѣйшая жизнь, то большая часть послѣдствій его смерти разсматривается не наступившей. Но пока не обнаружено ничего противоположнаго, то все происходитъ такъ, какъ бы человѣкъ былъ мертвъ. Это имѣетъ большое значеніе при вопросахъ о наслѣдованіи и страхованіи жизни. Но особенно затруднительнымъ является вопросъ о томъ, считать ли дѣйствительнымъ или нѣтъ бракъ лица, объявленнаго умершимъ. По отношенію къ нему, справедливо рѣшили, что бракъ самъ по себѣ дѣйствителенъ, но что вмѣстѣ съ тѣмъ оставшійся въ живыхъ супругъ имѣетъ право вторично вступить въ бракъ. Но такъ какъ благодаря этому существовали бы рядомъ два брака, то моногамическій принципъ требуетъ, чтобы одинъ бракъ былъ расторгнутъ. Поэтому и полагаютъ, что съ момента заключенія второго брака прекращается первый при томъ условіи, чтобы по крайней мѣрѣ одинъ изъ новыхъ супруговъ вѣрилъ въ смерть

пропавшаго безъ вѣсти. Этимъ, конечно, вопросъ исчерпывающимъ образомъ не рѣшается, но все-таки дается возможность оспаривать подобный бракъ, если признанный умершимъ обзывается потомъ живымъ. Право иска предоставляется, однако, не возвратившемуся изъ безвѣстнаго отсутствія, а новому супругу. Если второй бракъ съ успѣхомъ опротестованъ, то онъ становится недѣйствительнымъ, а въ такомъ случаѣ, конечно, продолжается первый бракъ, такъ какъ онъ прекратился лишь благодаря заключенію второго. Все это довольно тонко, и возникающія отсюда юридическія отношенія не очень утѣшительнаго характера. Это, несомнѣнно, область, гдѣ въ особенности мудрили больше, чѣмъ было нужно. Къ счастью подобные случаи довольно рѣдки въ уложеніи.

2. Юридическія лица.

§ 7. Существованіе *союзныхъ образований*, имѣющихъ определенное юридическое положеніе въ области гражданской жизни, имѣетъ существенное значеніе для нашего культурнаго порядка. Такіе союзныя образования называются юридическими лицами. Ихъ значеніе состоитъ въ томъ, что они являются субъектами права, юридическія отношенія которыхъ стоятъ независимо отъ юридическихъ отношеній ихъ членовъ, преходящихъ и могущихъ мѣняться въ своемъ составѣ. Идея, лежащая въ основаніи понятія юридическаго лица,—та, что юридическое лицо есть правовой субъектъ, т. е. носитель правъ, обладающій вмѣстѣ съ тѣмъ, благодаря дѣятельности его органовъ, дѣеспособностью и способностью къ ответственности,—какъ и слѣдовало ожидать, нашла въ гражданскомъ уложеніи полное выраженіе. Эта мысль—незыблемое приобрѣтеніе пандектнаго права. Существованіе ея необходимо признать и въ томъ случаѣ, если не раздѣлять антропоморфическаго представленія о томъ, что юридическое лицо мыслить и дѣйствуетъ подобно физическому, что совокупность его способныхъ мыслить членовъ создаетъ новый мыслительный аппаратъ, а совокупность способныхъ проявлять волю членовъ—новый волевой аппаратъ. Въ подобнаго рода предположеніяхъ идея юридическаго лица не нуждается. Еще менѣе необходимо прибѣгать къ фикціи, чтобы уяснить себѣ смыслъ юридическаго лица. Если юридическое лицо дѣйствуетъ въ качествѣ субъекта правъ при посредствѣ своихъ органовъ, то ни учрежденіе этихъ органовъ, ни ихъ связь съ юридическимъ лицомъ не представляютъ изъ себя ничего фиктив-

наго, но являются вполне реальнымъ фактомъ. Подобно тому какъ можно придѣлать къ столу и стулу ноги, которыя способны исполнять функціи, подобныя дѣятельности ногъ естественныхъ, можно снабдить органами и юридическія лица. И при этомъ никто отъ насъ не вправе потребовать чтобы мы разсматривали эти органы, какъ функціи человѣческаго мозга, подобно какъ нельзя требовать, отъ насъ, чтобы мы, говоря о ножкахъ стула, представляли себѣ ихъ какъ дѣйствительныя ноги.

Въ остальномъ ученіе о юридическихъ лицахъ въ гражданскомъ уложеніи не вполне исчерпано. Въ первыхъ, мы находимъ въ немъ очень мало постановленій, относящихся къ публично-правовымъ корпораціямъ, потому что образованіе и урегулированіе дѣятельности послѣднихъ относится къ области государственнаго и административнаго права. Что же касается до частноправовыхъ юридическихъ лицъ, то здѣсь нужно проводить различіе между явными и скрытыми юридическими лицами, потому что въ гражданскомъ уложеніи есть цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ конструктивно нужно предполагать юридическое лицо, хотя явно о немъ нѣтъ рѣчи. Это имѣетъ мѣсто, напримѣръ, при сборѣ имущества съ определенной цѣлью (§ 1914 гражд. улож.), въ случаѣ наслѣдства, поступающаго въ вѣдѣніе особаго управленія и т. д. Что касается явныхъ юридическихъ лицъ, то гражданское уложеніе различаетъ *союзы* и *учрежденія*.

По отношенію къ *союзамъ* гражданское уложеніе различаетъ союзы, служащіе *хозяйственнымъ* и *идеальнымъ* цѣлямъ. Хозяйственные союзы затѣмъ вновь раздѣляются на такіе, которые урегулированы имперскимъ законодательствомъ въ другихъ постановленіяхъ, или же совсѣмъ не затрогиваются этимъ законодательствомъ. Дѣятельность же союзовъ, преслѣдующихъ идеальныя цѣли, наоборотъ, регулируется только гражд. уложеніемъ. Этого не слѣдуетъ, однако, преувеличивать, такъ какъ двѣ изъ самыхъ извѣстныхъ торгово-правовыхъ формъ союзовъ: акціонерная компанія и товарищество съ ограниченной отвѣтственностью—могутъ быть избраны ради достиженія какой угодно цѣли. По своему существу эти формы являются, конечно, прежде всего союзами, преслѣдующими хозяйственныя цѣли, но ихъ можно примѣнить и къ достиженію идеальныхъ цѣлей. Въ намѣренія составителей гражд. улож., очевидно, совершенно не входило ограничить ихъ дѣятельность только достиженіемъ хозяйственныхъ цѣлей и исключить возможность использования ихъ ради цѣлей идеальныхъ. Совершенно допустимо, напр., образованіе акціонерной

компаніи въ интересахъ франкъ-масоновъ, учрежденія музеевъ или достиженія релігіозныхъ цѣлей. Формы подобныхъ союзовъ и ихъ расчлененія содержатъ въ себѣ извѣстное регулированіе, которое если не всегда, то во многихъ случаяхъ, исключаетъ злоупотребленія, съ чѣмъ связывается и значеніе амортизаціонныхъ законовъ, о которыхъ скоро будетъ рѣчь.

Остальные *хозяйственные союзы*, которые не были нормированы особымъ имперскимъ законодательствомъ, рассматриваются какъ союзы концессионнаго характера, т. е. такіе, которые нуждаются для своего возникновенія въ административно-политическомъ разрѣшеніи. Основная мысль относящихся сюда постановленій, очевидно, та, что въ томъ случаѣ, когда помимо акціонерныхъ компаній и товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью и другихъ торгово-правовыхъ формъ, желаютъ создать новые виды хозяйственныхъ союзовъ, то дѣломъ государственнаго управленія будетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, послѣ оцѣнки всѣхъ обстоятельствъ, а именно, цѣли, предполагаемой организаціи, а также финансовой ея основы,—одобрить появленіе такого рода союза или отказать въ его утвержденіи, какъ напр. это имѣетъ мѣсто по отношенію къ колоніальнымъ товариществамъ, которые не вливаются ни въ одну изъ названныхъ формъ. Колоніальныя общества нормируются § 11 Закона о защитѣ областей 10 сентября 1900 года; они стоятъ подъ надзоромъ государственнаго канцлера.

Противоположность хозяйственнымъ союзамъ представляютъ союзы, имѣющіе задачей служить *идеальнымъ* цѣлямъ. О различіи между этими видами много писали, но юриспруденція не достигла и до сихъ поръ въ этомъ дѣлѣ ясныхъ результатовъ. На самомъ же дѣлѣ рѣшающимъ является вотъ что: хозяйственные союзы это тѣ, которые имѣютъ своей принципиальной задачей веденіе хозяйственныхъ предпріятій. А веденіе хозяйственнаго предпріятія есть дѣятельность, которая приводитъ къ хозяйственнымъ результатамъ благодаря спекуляціи, причемъ безразлично, проявляется ли спекуляція во внѣшней или внутренней дѣятельности. Акціонерная компанія, имѣющая задачей организацію производства, есть и хозяйственный, и потребительный союзъ. Тамъ, гдѣ нѣтъ такого хозяйственнаго единенія, мы имѣемъ дѣло съ идейнымъ союзомъ, напримѣръ, когда союзъ для своихъ членовъ или третьихъ лицъ доставляетъ безвозмездно (или за такое вознагражденіе, которое не можетъ рассматриваться какъ дѣйствительная плата за пользованіе) квартиру, бібліотеку, спортъ и другія подобныя вещи. Эти

идеальные союзы получают правоспособность путем внесения въ регистръ, а это внесение должно обязательно имѣть мѣсто, какъ скоро союзъ сдѣлалъ соответственное заявленіе, и не встрѣчается препятствій со стороны полиціи. А такое препятствіе союзъ можетъ встрѣтить, если онъ направленъ противъ публично-правового закона о союзахъ, или если онъ можетъ быть запрещенъ на основаніи закона о союзахъ, или, если онъ преслѣдуетъ цѣли политическія, соціально-политическія или религіозныя. А потому судъ, завѣдывающій веденіемъ регистра, долженъ сдѣлать сношеніе съ подлежащимъ органомъ администраціи, а этотъ послѣдній можетъ заявить противъ союза возраженіе, которое въ свою очередь можетъ быть обжаловано лишь въ административно - судебномъ порядкѣ. Союзъ получаетъ правоспособность только послѣ внесения. Для внесения же требуется, чтобы онъ имѣлъ свое представительство, чтобы былъ составленъ уставъ союза, и чтобы этотъ уставъ былъ подписанъ по крайней мѣрѣ семью членами. Цѣль, наименование и мѣсто нахождения *должны* быть указаны. Но кромѣ того уставъ союза *можетъ* заключать и другія опредѣленія (§§ 55 и слѣд. гражд. улож.).

Правоспособность даетъ союзу большія преимущества. Не только то, что онъ можетъ возбуждать отъ своего имени иски, но и то, что, кромѣ того, онъ можетъ приобрѣтать на свое имя недвижимости и быть занесеннымъ въ поземельную книгу. Союзъ можетъ затѣмъ получать не только пожертвованія, но и дѣлать приобрѣтенія въ силу завѣщаній.

Конечно, и здѣсь дѣло не обходится безъ полицейскихъ ограниченій. А именно было уже установлено, что юридическія лица могутъ дѣлать приобрѣтенія стоимостью не свыше 5000 марокъ безъ особаго разрѣшенія. Наоборотъ, въ законѣ о введеніи уложенія въ дѣйствіе сдѣлана оговорка въ томъ смыслѣ, что по отношенію къ приобрѣтеніямъ на сумму свыше указанной мѣстное законодательство имѣетъ право установить ограничительныя нормы. Такъ, напри-
мѣръ, въ Пруссіи принятіе пожертвованныхъ и завѣщанныхъ въ пользу юридическихъ лицъ имуществъ, превышающихъ стоимостью 5000 марокъ, нуждается въ государственномъ разрѣшеніи. И еще болѣе. Приобрѣтеніе недвижимостей, даже задолженныхъ, нуждается въ государственномъ утвержденіи (ст. 6 и 7 прусскаго закона о введеніи въ дѣйствіе). Указанныя ограниченія распространяются на акціонерныя компаніи и товарищества съ ограниченной отвѣтственностью ¹⁾.

¹⁾ Въ подробностяхъ имѣетъ значеніе слѣдующее. Прусскія компаніи на

Исключеніе составляютъ открытыя торговыя товарищества, юридическая личность которыхъ не выступаетъ такъ рельефно вслѣдствіе неограниченной и вполне безусловной отвѣтственности товарищей, а также юридическія лица, не имѣющія опредѣленной формы, какъ напр. наслѣдство, находящееся подъ опекой до явки наслѣдниковъ.

Благодаря этимъ ограниченіямъ союзы во многихъ случаяхъ не стремятся къ полученію правоспособности. Въ другихъ случаяхъ члены союза часто не имѣютъ охоты выступать публично и дѣлать заявленія въ судѣ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ нужды во внесеніи въ поземельную книгу, и когда нѣтъ основаній надѣяться на приобрѣтеніе по завѣщанію, то обыкновенно о союзѣ заявленія не дѣлаютъ и, такимъ образомъ возникаетъ множество неправоспособныхъ союзовъ. Можно сказать, что изъ союзовъ, преслѣдующихъ такъ наз. идеальныя цѣли, четыре пятыхъ неправоспособны. Въ отношеніи же ихъ регулированія существуютъ слѣдующія постановленія. Они имѣютъ организацію товарищества; ихъ имущество принадлежитъ каждому члену въ отдѣльности на правахъ общей собственности, но при этомъ члены союза могутъ выходить изъ союза, не имѣя права брать съ собою часть имущества, принадлежащаго союзу. Вслѣдствіе ихъ смерти строй союза не разрушается. Отвѣтственность сочленовъ союза должна разсматриваться, какъ ограниченная размѣромъ имущества, принадлежащаго союзу, и ограниченная именно въ силу молчаливаго соглашенія, потому что кредиторы имѣютъ дѣло не съ отдѣльными членами союза, а съ союзомъ, какъ цѣлымъ. Кромѣ того по § 54 гражд. улож. выступающіе отъ имени союза члены, хотя они дѣйствовали и не отъ своего имени, отвѣчаютъ лично и солидарно. Существуетъ и еще одна особенность, состоящая въ томъ что подобнаго рода союзы не могутъ возбуждать иска въ судѣ; предъявить искъ могутъ только отдѣльные члены, что при незначительномъ ихъ числѣ не представляетъ особыхъ затрудненій. Наоборотъ къ нимъ, какъ цѣлому, могутъ быть предъявляемы иски, такъ какъ въ процессуальномъ отноше-

акціяхъ и товарищества съ ограниченной отвѣтственностью не нуждаются въ разрѣшеніи; виѣрусскія—нуждаются въ немъ, если дѣло идетъ о суммахъ свыше 5000 марокъ; виѣрманскія товарищества нуждаются въ разрѣшеніи безусловно, если дѣло идетъ даже о суммахъ менѣе 5000 марокъ (ст. 7 доб. зак. къ гражд. улож. въ силу ст. 88 закона о введ. въ дѣйств.). Всѣ эти постановленія нуждаются въ улучшеніяхъ. Изъятіе, впрочемъ, дѣлаетъ законъ о ипотечныхъ банкахъ 13 іюля 1899 г. (§ 5) для ипотечныхъ банковъ.

нии за ними признана юридическая личность известными параграфами 50 и 735 германского устава гражданского судопроизводства.

Подобного рода юридическая конструкция союзов не особенно ясна и наглядна, но в большинстве случаев она достаточна; поэтому союзы, в особенности желающие избѣгнуть полицейской цензуры, обыкновенно укладываются въ указанные рамки. Такіе неправопособные союзы имѣютъ то преимущество, что на нихъ не распространяется § 31 гражд. улож. и они не отвѣчаютъ поэтому за вину ихъ представительства, въ то время какъ эта отвѣтственность имѣетъ мѣсто во всѣхъ корпораціяхъ и юридическихъ лицахъ.

Что же касается до организациі правоспособныхъ союзовъ, то они по закону должны имѣть представительство и регулярныя собранія членовъ. Право быть членомъ въ случаѣ сомнѣнія считается личнымъ; выходъ изъ союза свободенъ, но можетъ быть условлено и иное, однако, въ томъ только смыслѣ, что выходъ изъ членовъ союза возможенъ по предварительному заявленію самое большее за два года. Большой связанности членовъ по уставамъ союзовъ не можетъ быть установлено (§ 39 гражд. улож.).

Уставъ можетъ содержать въ себѣ также постановленія объ исключеніи членовъ союза правленіемъ, общимъ собраніемъ членовъ, или другимъ органомъ союза. Эти постановленія уставовъ не ограничиваются ничѣмъ въ отношеніи основаній, обуславливающихъ исключеніе изъ союза. Уставы въ частности могутъ постановить, что исключеніе изъ союза можетъ имѣть мѣсто по соображеніямъ справедливости, но и по свободному усмотрѣнію правленія, такъ что не можетъ быть и рѣчи о послѣдующей повѣркѣ рѣшенія правленія. И если въ подобныхъ случаяхъ правленіе союза объявитъ, что исключаетъ члена, потому что считаетъ его недостойнымъ довѣрія или потому, что его принадлежность къ союзу въ качествѣ члена противорѣчитъ интересамъ союза, то это будетъ вполне во власти органовъ союза, и повѣрка его дѣйствій въ этомъ отношеніи со стороны суда можетъ состоять только въ томъ, чтобы установить, соблюденъ или нѣтъ при этомъ установленный уставомъ порядокъ. Если этотъ послѣдній не нарушенъ, то рѣшеніе правленія не подлежитъ никакой критикѣ. Допустимость подобныхъ постановленій раньше много разъ оспаривалась, но было бы, на самомъ дѣлѣ, насиліемъ надъ союзами, если бы имъ не было предоставлено право свободной дисциплины по отношенію къ его членамъ и самостоятельнаго рѣшенія вопроса о

довѣрія и установленіи способовъ убѣжденія въ томъ, заслуживаютъ ли они этого довѣрія. Членъ, не желающій подчиняться подобнымъ постановленіямъ, можетъ не вступать въ подобный союзъ. Правильная точка зрѣнія на этотъ вопросъ высказана теперь и рейхсгерихтомъ въ различныхъ случаяхъ ⁴⁾.

Какъ было замѣчено, союзъ безусловно отвѣчаетъ за дѣйствія своего правленія и другіе органы, поскольку они при веденіи дѣлъ будутъ виновны въ дѣйствіяхъ, влекущихъ за собою отвѣтственность, напр., въ случаѣ нарушенія постановленій о патентахъ и маркахъ или же въ случаѣ проступковъ противъ таможенныхъ законовъ (§ 31 гражд. улож.), но отвѣтственность эта только гражданская, потому что уголовная отвѣтственность юридическихъ лицъ противорѣчила бы нашему понятію о уголовномъ наказаніи, какъ возложеніи душевнаго страданія на провинившагося.

Возбуждается вопросъ о томъ, имѣютъ ли силу постановленія гражданского уложенія о союзахъ также и по отношенію къ акціонернымъ компаніямъ и вообще союзамъ, регулируемымъ другими имперскими законами. Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть отрицательный, потому что законодательныя постановленія о подобныхъ союзахъ, а именно объ акціонерныхъ компаніяхъ, составляютъ замкнутое цѣлое и основываются на столь специальныхъ и своеобразныхъ соображеніяхъ, что пополненіе ихъ постановленіями гражданского уложенія представляло бы собою вторженіе ихъ въ область, съ которой они органически не связаны. Въ этомъ отношеніи нельзя извлечь ничего противоположнаго и изъ ст. 2 закона о введ. въ дѣйствіе торг. улож. Одно только постановленіе гражданского уложенія (§§ 31, 86, 89), относящееся къ отвѣтственности юридическихъ лицъ за дѣйствія правленія и органовъ союза, должно быть примѣняемо и здѣсь.

§ 8. Противоположность союзамъ составляютъ *учрежденія*. Они не представляютъ собою союзной личности, почему это выраженіе и не можетъ быть приложено въ качествѣ общаго обозначенія для всѣхъ юридическихъ лицъ. Дѣло идетъ здѣсь объ единеніи имуществъ, посвященныхъ извѣстной цѣли. Для достиженія послѣдней этому единенію имущество сообщается правоспособность. Отличіе проявляется въ особенности въ томъ, что въ то время какъ члены

⁴⁾ См. рѣшенія 27 марта 1900 г., 30 октября 1901 г., 17 ноября 1902 г.; Juristische Wochenschrift 1900, стр. 417, рѣш. 49, стр. 120 и Wochenschrift 1903, Beilage I, стр. 3.

корпорации могутъ измѣнять уставъ, не измѣняя природы корпорации, органы учрежденія не имѣютъ права измѣнять цѣль учрежденія. Въ корпорации лица господствуютъ надъ цѣлью,—въ учрежденіяхъ же они ея рабы.

Ученіе объ учрежденіяхъ проведено въ гражданскомъ уложеніи въ значительной мѣрѣ несовершенно. Главное вниманіе посвящается имъ возникновенію учрежденія, или такъ называемому *учредительному акту*: одностороннему изъявленію воли учредителя съ распоряженіемъ о наступленіи юридическихъ его послѣдствій при его жизни или на случай смерти, содержащему вмѣстѣ съ тѣмъ означеніе опредѣленной цѣли, которой служить назначаемое имущество, и указывающему и самое имущество, которое должно служить этой цѣли. Этотъ учредительный актъ, для распоряженій съ послѣдствіями, наступающими еще при его жизни, составляется письменно, а при распоряженіяхъ на случай смерти въ формѣ завѣщанія и нуждается въ государственномъ утвержденіи. Безъ государственнаго утвержденія учрежденіе не существуетъ. Ибо принято было во вниманіе, что такое господство цѣли надъ людьми можетъ возбуждать нѣкоторыя сомнѣнія, а потому и можетъ быть допущено только по изслѣдованіи каждаго отдѣльнаго случая. Несомнѣнно, что институтъ учрежденій самъ по себѣ является мощнымъ свидѣтелемъ того, что въ человѣчествѣ живутъ благородные инстинкты. Въ большинствѣ случаевъ учрежденія—это проявленія благороднаго чувства во имя человѣческаго блага, во имя религіозныхъ, научныхъ и художественныхъ цѣлей. Уже древность знала учрежденія; ихъ зналъ и Востокъ, а не только римская христіанская эпоха имперіи. Исторія Греціи полна учрежденій, преслѣдующихъ цѣли культа человѣческаго блага и наслажденій. Почти каждый греческій городъ указываетъ на свои учрежденія, начиная съ 4 вѣка отъ Р. Хр. до отдаленныхъ временъ римской имперіи. Но съ другой стороны всегда возможно, что учрежденія будутъ проявлять сомнительную дѣятельность, что они будутъ служить тщеславію и хвастливому самопрославленію или преслѣдовать цѣли, которыя мы не признаемъ достойными. Представимъ, напр., себѣ учрежденіе для ежегоднаго празднованія анархистическаго дѣянія, или для распространенія враждебныхъ государству ученій. Учрежденія, которыя заставили бы людей сдѣлаться посмѣшищемъ другихъ, маскироваться, переодѣваться, совершать суетѣрные тѣлодвиженія и т. п., не соотвѣтствующія здоровому юмору дѣйствія, могутъ безъ всякихъ сомнѣній быть отклонены государствомъ. Можетъ также по-

казаться сомнительнымъ и то, что очень большое количество имущества будетъ отнято у жизни и застынетъ въ учрежденіяхъ. И въ Исламѣ мы находимъ указанія на то, что церковныя учрежденія, вакуфы, обратили ростовщическимъ путемъ въ должниковъ всю земельную собственность. Поэтому и требуется одобреніе государства для основанія учрежденія. Учредительный актъ можетъ исходить и не отъ одного только лица, но и отъ множества лицъ, отъ комитета, отъ союза. Часто средства для открытія учрежденія собираются комитетами и союзами. Управление же учрежденіями въ большинствѣ случаевъ предоставляется опредѣленіемъ мѣстнаго законодательства, поскольку уставы учреждений не содержатъ особыхъ на этотъ счетъ постановленій.

Въ древности было принято приурочивать учрежденіе къ какой нибудь другой личности; это такъ называемыя несамостоятельныя или фидуціарныя учрежденія. Гражданское уложеніе, къ сожалѣнію, не урегулировало этой формы учреждений, несмотря на мои указанія, а между тѣмъ и теперь такія учрежденія часто встрѣчаются. Достаточно указать, напр., на стипендіи, которыя связаны съ университетами. Тутъ приходится предположить, что мы имѣемъ дѣло съ личностью, но такою, которая при нормальныхъ обстоятельствахъ тождественна съ университетомъ, такъ что университетъ представляетъ изъ себя лицо какъ для своего имущества, такъ и для имущества каждаго изъ учреждений. И только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возможно столкновеніе интересовъ, или въ которыхъ оказался нуженъ былъ процессъ, напр., если бы университетъ былъ привлеченъ къ отвѣтственности за причиненный учрежденію убытокъ, то для учрежденія нужно было создать путемъ конструкціи особую личность и назначить опекуна, какъ органъ этой личности (§ 1914 гражд. улож.).

Книга четвертая.

Объекты права.

§ 9. Объектами права могутъ быть жизненные блага всякаго рода, матеріальныя и нематеріальныя. О нематеріальныхъ предметахъ рѣчь будетъ дальше, здѣсь же мы будемъ преимущественно говорить о *вещахъ*, т. е. тѣлесныхъ предметахъ и соединеніяхъ многихъ вещей въ одинъ объектъ.

Вещь можетъ состоять изъ нѣсколькихъ составныхъ частей, и

притомъ такимъ образомъ, что только посредствомъ прочнаго соединенія ихъ между собою она опредѣляется въ своей сущности и можетъ исполнять свои функціи, при отдѣленіи же какой нибудь одной составной части происходитъ глубокое измѣненіе въ ея хозяйственномъ назначеніи ¹⁾).

Тутъ идетъ рѣчь о существенныхъ составныхъ частяхъ. Это относится въ особенности къ существеннымъ составнымъ частямъ недвижимостей, а именно къ предметамъ, прочно связанныхъ съ землей. Обращеніе вещи въ существенную составную часть имѣетъ то юридическое послѣдствіе, что предметъ теряетъ свое свойство самостоятельнаго объекта права и исчезаетъ въ цѣломъ къ которому онъ присоединенъ, и по отношенію къ этому цѣлому допускается существованіе только одного и того же права и одного и того же правоотношенія. Это, конечно, не исключаетъ возможности, чтобы кто-нибудь имѣлъ право требовать раздѣленія сложной вещи и выдѣленія той или другой ея составной части съ тѣмъ послѣдствіемъ, что вмѣстѣ съ отдѣленіемъ ея отъ цѣлаго на нее установилось и особое право собственности; не исключается также возможность особого права владѣнія на эту составную часть (§ 865 гражд. улож.).

Вопросъ о собственности на составныя части вещей подаль поводъ къ большимъ недоразумѣніямъ въ примѣненіи къ тому случаю, когда кто либо устанавливаетъ прочное соединеніе составныхъ частей вещи, но не для постояннаго ихъ сосуществованія, а лишь на вѣкоторое время и въ интересахъ достиженія нѣкоторыхъ скоропроходящихъ цѣлей. Напр., когда въ землѣ проведены газовыя трубы, электрической кабель, или когда электрическія проволоки проходятъ до аппарата черезъ какое либо зданіе. Мысль о принадлежности проводовъ тому, кто владѣетъ вещью, черезъ которую они проходятъ, должна быть отвергнута; однако до изданія гражд. уложенія по отношенію къ этому вопросу существовала большая неопредѣленность мнѣній. Гражданское же уложеніе правильно рѣшило этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что если проводы установлены не въ качествѣ постояннаго сооруженія, а проведены лишь на время, и если у кого-либо существуетъ вещное право, въ силу котораго онъ и имѣетъ правомочіе на ихъ сооруженіе, то въ такомъ случаѣ присоединенные предметы не являются составными

¹⁾ Вѣрное опредѣленіе вещи дано въ рѣшеніи рейхсгерихта 5 марта 1902 г. *Entscheid.* 50, стр. 241.

частями, а составляют особый предмет собственности того лица которое совершило сооруженіе. Этимъ естественно не исключается возможность того, что эти предметы въ силу своихъ физическихъ свойствъ могутъ стать недвижимостями, хотя они не представляютъ изъ себя составныхъ частей земельного участка, на которомъ они находятся (рѣш. рейхсгерихта, т. 48 стр. 267). Слѣдуетъ при этомъ имѣть въ виду то, что эти постановленія распространяются не только на трубы и проводы для освѣщенія, но и на другіе случаи. Такъ если собственникъ, имѣющій право на земельный сервитутъ въ другомъ участкѣ, возводитъ въ силу этого права сооруженіе на предназначенной для этой цѣли землѣ, или если лицо, имѣющее право наследственной стройки на чужой землѣ (суперфициаръ), возводитъ на ней въ силу этого права зданіе, то они остаются собственниками построекъ, и если, напримѣръ, съ этого дома упадетъ кирпичъ, то онъ будетъ принадлежать суперфициару, а не тому, кто является собственникомъ земли. Совершенно такъ же обстоитъ дѣло, когда въ силу найма мѣста для вывѣшиванія объявленій кто-нибудь на нанятой стѣнѣ помѣщаетъ такое объявленіе (плакатъ). Собственникомъ послѣдняго является наниматель, а не владѣлецъ стѣны. То же и въ томъ случаѣ, если присоединеніе совершаетъ арендаторъ (§ 95 гражд. улож.) ¹⁾.

§ 10. Предметы, входящіе въ составъ имущества, могутъ находиться и въ такомъ отношеніи другъ къ другу, при которомъ, сохраняя свой самостоятельный характеръ, они входятъ въ связь съ большимъ цѣлымъ при чемъ, изъ этого могутъ произойти нѣкоторыя единныя слѣдствія. Такого рода отношенія составляютъ:

1) такъ называемое *отношеніе принадлежности* (Zubehörigkeitsbeziehung, раньше называвшееся Pertinenzbeziehung), когда второстепенная вещь присоединяется къ главной въ качествѣ вспомогательной. Такія отношенія принадлежностей имѣютъ мѣсто въ сельско-хозяйственной дѣятельности. Такъ, если въ имѣніи ведется хозяйство, то нельзя не принять во вниманіе того, что природа творитъ только при помощи человѣка, употребляющаго для этого человѣческія же орудія производства; поэтому участокъ земли и всѣ эти орудія производства въ нашихъ глазахъ являются чѣмъ-то единымъ по отношенію хозяйственной дѣятельности человѣка. И вотъ въ этомъ случаѣ земельный участокъ называютъ главнымъ предметомъ, а всѣ про-

¹⁾ Правильно въ рѣш. Kammergericht'a отъ 14 марта 1902 г. Mugdan, V, 76.

чія вещи вспомогательными или принадлежностями. Этимъ единствомъ указывается на то, что вещное право не только опредѣляется естественными качествами вещей, но и стоитъ подъ вліяніемъ человѣческихъ цѣлей.

При переходѣ къ промышленному государству принадлежность получаетъ особенное значеніе, такъ какъ съ наличностью фабричнаго производства связывается предположеніе о томъ, что множество приспособленій и машинъ, и при томъ такихъ, которыя специально устроены съ опредѣленнымъ назначеніемъ и опредѣленными цѣлями, соединяются съ зданіями, въ которыхъ они находятъ свою поддержку, и въ которыхъ совершается ихъ работа. Всѣ эти предметы составляютъ принадлежность фабрикъ ¹⁾.

Съ положеніемъ вещей въ качествѣ принадлежностей связываются опредѣленные юридическія послѣдствія. Назначеніе главной вещи, какъ имущества даннаго лица, опредѣляетъ и судьбу принадлежности, и не только судьбу ея въ качествѣ имущества, которая опредѣляется содержаніемъ юридической сдѣлки, и не только хозяйственную судьбу, но и судьбу, наступающую въ силу предписанія закона. Если, напримѣръ, установлены въ силу закона или судебного приговора, залоговыя права, то они получаютъ силу не только по отношенію къ главной вещи, но и къ принадлежностямъ.

Важнѣйшее слѣдствіе этого состоитъ въ томъ, что въ то время, какъ на движимыя вещи совсѣмъ не допускается установленія ипотеки,—ипотека на недвижимости можетъ охватить собою, и дѣйствительно охватываютъ, не только главную вещь, но и ея принадлежности, состоящія изъ движимыхъ предметовъ (§§ 314, 926, 1120 и слѣд. гражд. улож. и §§ 21, 148 закона о принуд. отчужд.).

Однимъ изъ дальнѣйшихъ и также очень важныхъ послѣдствій является затѣмъ то, что принадлежность не можетъ составлять предмета залога отдѣльно отъ главной вещи (§ 865 уст. гражд. суд.).

Съ другой стороны, вещи, составляющія принадлежность, сохраняютъ свое самостоятельное положеніе, и если, напр., принадлежатъ третьему лицу, то онѣ не изымаются изъ имущества этого послѣдняго, когда становятся принадлежностями и начинаютъ

¹⁾ Принадлежность хозяйствъ? Гамбург. оберландсгер. отъ 14 марта 1902 г. Mugdan V, 78. Музыкальные автоматы? Штетинскій оберландсгерихтъ 24 января 1902 г. Mugdan IV, 204.

служить земельному участку другого лица. Собственникъ имѣть также право во всякое время уничтожить ихъ качество и разединить принадлежность и главную вещь ¹⁾).

2. Второй видъ связанности представляетъ собою *единство предприятия*; такъ, въ особенности, когда множество предметовъ посвящено большому транспортному предприятию. Это имущества желѣзныхъ дорогъ, электрическихъ трамваевъ, а также подъѣздныхъ узкоколейныхъ путей. Особенность этого вида заключается въ томъ, что здѣсь подвижной составъ имѣть гораздо большее значеніе, чѣмъ по существу дѣла должны бы имѣть принадлежности при главной вещи, и что это единство предприятия, которому служить цѣлое, выступаетъ рельефнѣе, чѣмъ въ другихъ случаяхъ. Поэтому и земли, составляющія собственность предприятия, являются принадлежностями этого недѣлимаго цѣлаго и не могутъ быть отдѣлены отъ него въ силу какихъ либо правовыхъ дѣйствій, противорѣчащихъ интересамъ предприятия. Къ его составу принадлежатъ капиталы и обязательства предприятия, подчиняющіяся тѣмъ же правиламъ ²⁾. Такимъ образомъ создалось понятіе единства желѣзной дороги, которое не можетъ быть, въ особенности, разрушено постановленіями ипотечнаго права или правилами исполнительнаго процесса, и которое принимается во вниманіе въ томъ случаѣ, если въ составъ желѣзнодорожной линіи вошелъ чужой участокъ. Права владѣльца на искъ о собственности въ этомъ случаѣ прекращаются, и собственникъ долженъ удовлетвориться возмѣщеніемъ стоимости участка, поскольку и въ какой степени правительственный органъ надзора за желѣзными дорогами найдетъ, что отдѣленіе этого участка отъ желѣзной дороги можетъ причинить существенный вредъ предприятию. Такимъ образомъ принудительное отчужденіе происходитъ здѣсь по рѣшенію желѣзнодорожной власти, а не по судебному опредѣленію, и совершается въ силу простого заявленія первой. Слѣдствіемъ этого является то, что желѣзная дорога приобрѣтаетъ въ случаѣ иска право возраженія, а

¹⁾ Утверждаютъ, что это стоитъ въ противорѣчій съ моими указаніями на общее хозяйственное значеніе принадлежностей, такъ какъ при такомъ значеніи принадлежность не должна быть отдѣляема отъ главной вещи. Но это утвержденіе будетъ справедливо только въ томъ случаѣ, если забыть, что каждый остается господиномъ своихъ вещей и, въ качествѣ такового, можетъ не только улучшать ихъ, но и ухудшать.

²⁾ Образцомъ для этого послужилъ Прусскій законъ 19 августа 1895 г., въ новой редакціи 8-го іюля 1902 года.

послѣ возмѣщенія стоимости прибрѣтаетъ и право собственности на чужой участокъ.

Это соединеніе, поэтому, во 1-хъ такого рода, что въ немъ всѣ входящія въ составъ его вещи въ своей совокупности подчинены однимъ и тѣмъ же нормамъ, поскольку между ними не существуетъ отношенія главной вещи и принадлежности или существуетъ не только это отношеніе, и во 2-хъ оно распространяется на очень широкій кругъ отношеній, включая въ свой составъ и права требованія,—и въ 3-хъ захватываетъ правовыя отношенія настолько глубоко, что допускаетъ отчужденіе чужой собственности. Въ составъ желѣзнодорожнаго единства могутъ быть, наконецъ, включены и долги, хотя только въ порядкѣ вещнаго ихъ укрѣпленія, а именно путемъ занесенія въ поземельную желѣзнодорожную книгу въ качествѣ ипотеки или вотчиннаго долга (вотчинный желѣзнодорожный долгъ).

3. Еще шире соединеніе, которое обнимаетъ не только вещи, но и другіе предметы, права требованія и долги, составляетъ *имущество*. Имущество представляетъ собою не только фактическое соединеніе того, что человѣкъ имѣетъ во внѣшнемъ мірѣ, въ качествѣ благъ но оно выступаетъ также и въ качествѣ особаго правового понятія ¹⁾. При этомъ въ особенности выступаетъ на видъ слѣдующее: а) единство имущества приводитъ къ началу возмѣщенія; б) имущество можетъ быть передано другому; в) оно можетъ быть передано цѣликомъ или въ отдѣльныхъ частяхъ, а также быть предметомъ юридической сдѣлки; г) оно можетъ быть цѣлью такъ называемаго виндикаціоннаго иска, если кто-либо управомоченъ вытребовать цѣлое имущество; д) оно образуетъ единство и въ томъ случаѣ, если дѣло касается издержекъ, относительно которыхъ существуетъ право удержанія, и е) наконецъ, имущество является носителемъ долговъ, такъ какъ кредиторы могутъ имѣть притязаніе на соответствующее имущество.

Пока существуетъ общее правило, что всякій имѣетъ только одно имущество, правопорядокъ не имѣетъ большой нужды въ развитіи особаго понятія имущества. Не то въ тѣхъ случаяхъ, когда у одного лица сосредоточивается нѣсколько имущественныхъ единствъ. Римское право систематично избѣгало установленія этого понятія, но и оно не могло въ нѣкоторыхъ случаяхъ не разматривать того, что находилось во владѣніи какого-либо лица, въ качествѣ

¹⁾ См. по этому поводу мою Studie zum BGB. въ Archiv für bürgerl. R. XXII. слѣд.

имущественнаго цѣлаго. Сюда относится *rescuium* раба и сына, передаваемое этимъ лицамъ въ интересахъ веденія хозяйства на ряду съ другимъ имуществомъ, но не въ полную собственность, а въ такомъ смыслѣ, что они отвѣчали за долги, какъ если бы *rescuium* было полной собственностью. Въ современномъ правѣ встрѣчается нѣсколько другихъ случаевъ. Сюда относятся случаи наслѣдованія предварительнаго и послѣдующаго наслѣдника (при субституціи), а также тотъ, когда наслѣдство существуетъ какъ самостоятельная величина при назначеніи управленія имъ или конкурсѣ; когда имущество поступаетъ въ пользованіе и управленіе супруга или родителей, особенно, когда дѣлается различіе между имуществомъ, составляющимъ личную собственность жены или дѣтей, и внесеннымъ въ бракъ. То же при общности имущества, гдѣ могутъ стоять рядомъ имущество, стоящее въ отдѣльной собственности, внесенное въ бракъ, и общее. Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ важно то, что имущество разсматривается правомъ, какъ единое, и это единство влечетъ за собою опредѣленные юридическія послѣдствія.

Однимъ изъ важнѣйшихъ слѣдствій единства имущества является упомянутый выше на первомъ мѣстѣ (подъ буквой а) принципъ возмѣщенія, который теорія современнаго римскаго права выражаетъ въ формулѣ: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. Этотъ принципъ имѣетъ существенное значеніе. Если напр. кто-нибудь владѣетъ чужимъ наслѣдствомъ, то въ составъ этого наслѣдства входитъ все то, что онъ пріобрѣлъ вмѣстѣ съ наслѣдствомъ, а если противъ него предъявленъ искъ о выдачѣ наслѣдства, то лицо, предъявившее искъ, можетъ вытребовать пріобрѣтенное имъ, какъ свою собственность, а если бы надъ ихъ владѣльцемъ былъ учрежденъ конкурсъ, то эти вещи были бы выдѣлены изъ конкурса. Столь же важенъ пунктъ, означенный буквой е), касающійся отвѣтственности за долги, такъ какъ каждое имущество прежде всего отвѣчаетъ за свои собственные долги и только въ томъ случаѣ, когда эти послѣдніе оплачены, оно можетъ подлежать отвѣтственности за долги иного имущества

Книга пятая.

Правовыя явленія.

§ 11. Гражданское право занимается *правами и правовыми положениями*, которые вытекают изъ объективнаго права. Объективное право формируетъ правовой порядокъ такимъ образомъ, что отдѣльному лицу въ немъ отводится опредѣленный правовой кругъ, въ который оно замыкается, и въ которомъ оно можетъ свободно развивать свою дѣятельность. Такой правовой кругъ мы называемъ *субъективнымъ правомъ*. Последнее составляетъ не только виѣшнюю оболочку, но и содержаніе этого правового круга. Право не слѣдуетъ разсматривать только съ формальной его стороны, существо которой стоитъ въ защитѣ правового положенія личности. Оно имѣетъ и свое содержаніе. Предметъ его все то, что составляетъ имущественныя блага личности и объектъ пользованія этими благами.

Изъ права проистекаетъ *притязаніе* (Ausspruch) т. е. правомочіе требовать отъ каждаго, чтобы онъ для того, чтобы стоять въ согласіи съ правомъ, что нибудь дѣлалъ или отъ чего нибудь воздерживался. Это понятіе притязанія является необходимымъ конструктивнымъ средствомъ и составляетъ одно изъ цѣнныхъ пріобрѣтеній современной теоріи права.

Безъ него конструкція многихъ правовыхъ явленій была бы невозможна. Представимъ себѣ, напр., понятіе давности или случаи существованія притязаній безъ правъ и правъ безъ притязаній ¹⁾. Притязаніе точно также, конечно, слѣдуетъ понимать въ правильномъ смыслѣ. Притязанія нѣтъ у того, кто владѣетъ срочнымъ или отсроченнымъ правомъ. Оно появляется лишь тогда, когда наступаетъ соотвѣтственный день, такъ какъ только съ этого момента возникаетъ правомочіе чего либо требовать. Равнымъ образомъ не существуетъ еще притязанія и тогда, когда управомоченный на него можетъ осуществить его черезъ любое правовое дѣйствіе. Если, на примѣръ, вещь кому-либо сдана на храненіе, то поклажедатель имѣетъ право потребовать обратно вещь въ какое угодно время, но для этого необходимо сдѣлать поклажепринимателю предварительное заявленіе, безъ чего притязаніе не существуетъ. То, что имѣетъ мѣсто во многихъ случаяхъ, особенно въ

¹⁾ О притязаніяхъ безъ правъ, напр. притязаніяхъ, возникающихъ изъ положенія обязанностей на случай смерти, см. Archiv bürgerl. Recht, XXI, стр. 259 слѣд.

случаяхъ отмѣны сдѣланныхъ распоряженій и т. п. Съ полной ясностью значеніе понятія притязанія выражается между прочимъ въ слѣдующемъ примѣрѣ: прежде чѣмъ не возникло притязаніе, одаренный, хотя бы онъ оказался неблагодарнымъ сто разъ, не можетъ потребовать отъ дарителя обратнаго принятія подареннаго предмета съ тѣмъ юридическимъ послѣдствіемъ, чтобы даритель впалъ въ просрочку вслѣдствіе непринятія предмета.

§ 12. Права и правовыя положенія создаются преимущественно вслѣдствіе *юридическихъ дѣйствій*. Гражданское уложеніе стоитъ въ этомъ отношеніи на почвѣ состоянія правового оборота, создавшагося уже въ римскомъ правѣ. Основнымъ принципомъ этого оборота является то, что важнѣйшія измѣненія въ правовой жизни предоставлены инициативѣ тѣхъ личностей, въ области правового положенія которыхъ они должны произойти. Поэтому правовой порядокъ предоставляетъ отдѣльной личности права посредствомъ особыхъ дѣйствій оказывать воздѣйствіе на правовую жизнь и ея проявленія, расторгать или налагать правовыя оковы, сѣять для того, чтобы получить въ видѣ жатвы юридическія послѣдствія. Средства для достиженія этой цѣли, предоставленныя правовымъ порядкомъ отдѣльной личности, называются *юридическими дѣйствіями*, при чемъ дѣлается различіе между *юридическими сдѣлками* и *юридическими дѣйствіями* въ тѣсномъ смыслѣ слова. Въ обоихъ случаяхъ принимается во вниманіе то, является ли субъектъ *дѣеспособнымъ*, *недѣеспособнымъ* или *ограниченнымъ* въ дѣеспособности (гражд. улож. § 104 слѣд.).

Много спорили о томъ, является ли основной причиной, производящей юридическія послѣдствія юридическаго дѣйствія,—объективное право или самъ субъектъ правъ? Споръ основывается на недоразумѣніи.

Конечно, всякое понятіе юридическаго дѣйствія исходитъ изъ того, что имѣетъ мѣсто сознательное дѣйствіе отдѣльной личности. Но ошибочно было бы при этомъ думать, что отдѣльная личность можетъ такимъ образомъ воздѣйствовать на рядъ правъ, чтобы вызывать опредѣленные послѣдствія по своему усмотрѣнію. Это совершенно неправильно. Подобно тому, какъ дѣло поселанина состоитъ въ томъ, чтобы засѣять поле, и дальнѣйшее предоставить естественному порядку вещей, такъ и дѣло отдѣльной личности при совершеніи юридическаго дѣйствія выражается въ предоставленіи своей дѣятельности распоряженіямъ объектнаго права. Она,

подобно поселянину, можетъ въ томъ или иномъ объемѣ предвидѣть результаты своей дѣятельности, но эти результаты наступаютъ согласно законамъ существующаго правового порядка, подобно тому, какъ посѣянное созрѣваетъ согласно законамъ природы. Раньше понятіе юридическаго дѣйствія суживали до совершенно недопустимыхъ предѣловъ. Въ особенности утверждали, что подъ понятіе юридическаго дѣйствія можетъ быть подведена лишь такая дѣятельность, юридическихъ послѣдствій которой желало лицо, ея проявлявшее, и которыя наступали по его волѣ. Неправильность этого взгляда видна изъ сказаннаго выше и въ достаточной мѣрѣ обнаружена наукой XIX вѣка. Существо юридическаго дѣйствія можетъ замѣчаться только въ томъ, что оно даетъ только толчокъ къ произведенію измѣненій въ существующемъ правовомъ порядкѣ, и притомъ измѣненій, по отношенію къ которымъ имѣютъ силу и другія вліянія.

Правовыя измѣненія могутъ происходить уже изъ самого естественнаго порядка природы, потому что право не можетъ далеко удаляться отъ почвы естественнаго образованія вещей. Не можетъ быть собственности, если не существуетъ вещи, являющейся предметомъ собственности. И всякій, кто совершаетъ измѣненіе въ естественномъ порядкѣ, напримѣръ, разрушая вещь,—производитъ этимъ и юридическія измѣненія. Но юридическое дѣйствіе въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ выходитъ за предѣлы этого естественнаго порядка. Оно направляется на то, чтобы произвести послѣдствія, которыя не даны естественнымъ порядкомъ вещей. Изъ этого ясно, что все то, что выходитъ изъ предѣловъ естественнаго порядка, является выраженіемъ существеннаго отличія юридическаго дѣйствія, къ чему присоединяется еще то, что послѣднее, естественнымъ образомъ, можетъ двигаться только въ предѣлахъ юридически дозволеннаго и предоставленнаго въ распоряженіе отдѣльной личности. Этимъ юридическое дѣйствіе существенно отличается отъ недозволеннаго дѣянія, отъ преступленія, которое также имѣетъ нѣкоторыя юридическія послѣдствія, но не въ смыслъ созданія права, а какъ противодѣйствіе неодобряемой правомъ дѣятельности. Таково понятіе юридическаго дѣйствія въ широкомъ смыслѣ.

Различаютъ затѣмъ, какъ сказано выше, *юридическія содѣлки* и *юридическія дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ*. Но это различіе основано отнюдь не на томъ, что въ одномъ случаѣ желаютъ наступленія юридическихъ послѣдствій, а въ другомъ не желаютъ, или на томъ, что въ одномъ они болѣе желательны, чѣмъ въ

другомъ. Подобнаго рода различіе не можетъ быть проведено и принципиально превратно ¹⁾.

Различіе состоитъ лишь въ томъ, что юридическія сдѣлки имѣютъ самостоятельное положеніе, а юридическія дѣйствія имѣютъ зависимый характеръ и должны служить развитію уже существующихъ юридическихъ отношеній.

Слѣдуетъ такимъ образомъ различать *юридическія дѣйствія* и *противозаконныя дѣянія*, и среди первыхъ вновь юридическія сдѣлки и юридическія дѣйствія. Въ противоположности къ нимъ стоятъ *юридическія событія*. Подъ послѣдними разумѣютъ нейтральныя происшествія, изъ которыхъ вытекаютъ юридическія послѣдствія въ зависимости отъ связи права съ естественными законами природы.

§ 13. При юридическихъ сдѣлкахъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускается внесеніе *условій* и *сроковъ*. Условіе это элементъ, придающій сдѣлкѣ неустойчивое положеніе; при немъ юридическія послѣдствія сдѣлки ставятся въ зависимость отъ наступленія будущихъ неопредѣленныхъ обстоятельствъ. Условная сдѣлка имѣетъ ту особенность, что она связываетъ стороны не смотря на то, что тѣ обстоятельства, которыя имѣютъ для сдѣлки важное значеніе, остаются въ неопредѣленномъ положеніи и могутъ въ концѣ концовъ повести къ уничтоженію сдѣлки. Тѣмъ не менѣе для сторонъ представляется иногда важнымъ заранѣе установить обязательства на тотъ случай, если дѣло окончится такъ или иначе. Это представляется важнымъ, такъ какъ лица, которыя теперь готовы къ заключенію сдѣлки, потомъ или не захотятъ или не смогутъ этого сдѣлать. Въ этомъ смыслѣ условіе исполняетъ важныя задачи въ нашемъ жизненномъ оборотѣ. Оно даетъ возможность заботиться о своихъ интересахъ еще при очень проблематичномъ положеніи дѣла, и человѣкъ становится надлежащимъ образомъ защищеннымъ на томъ случай, когда наступятъ событія, которыхъ онъ опасался, на которыя надѣялся или которыхъ ожидалъ инымъ образомъ. Въ противномъ случаѣ, при наступленіи такихъ событій, онъ могъ бы оказаться въ меньшей возможности подыскать не-

¹⁾ Воля, направленная на правовыя послѣдствія, принимается во вниманіе лишь постольку, поскольку она служитъ индивидуализаціи сдѣлки. Ошибка въ представленіи о правовыхъ послѣдствіяхъ сдѣлки никогда, поэтому, не является ошибкой, дающей возможность оспаривать сдѣлку (ср. рѣш. рейсгерихта 9 мая 1902 г., *Entscheid.* 61, 241).

обходимыя средства, чтобы устранить mogućiя при этомъ произойти многообразныя затрудненія. Въ большинствѣ случаевъ условіе имѣетъ *отсрочивающее* дѣйствіе, такъ что юридическое послѣдствіе наступаетъ только съ наступленіемъ условія. Но оно можетъ также имѣть *погасительное* дѣйствіе, такъ что юридическое послѣдствіе наступаетъ тотчасъ же по заключенію сдѣлки, но исчезаетъ и теряетъ силу съ наступленіемъ условія. Понятно, что не всѣ юридическія сдѣлки могутъ получить условныя формы; прежде всего ихъ не допускаютъ сдѣлки семейнаго права. Эти послѣднія, какъ бракъ или усыновленіе, не могутъ быть подчинены такому неопредѣленному разрѣшенію. Было бы противно смыслу семейнаго права допускать какую либо инотетичность или неопредѣленность въ отношеніяхъ, которыя такъ глубоко захватываютъ истинныя стороны жизни человѣка. При юридическихъ дѣйствіяхъ въ тѣсномъ смыслѣ условія точно также по большей части не допускаются.

Условія возможны, само собою разумѣется, не только при пріобрѣтеніи путемъ сдѣлокъ, но и при пріобрѣтеніяхъ въ силу закона. Очень важный случай пріобрѣтенія собственности подъ погасительнымъ условіемъ представляетъ собою упомянутый выше на стр. 57 законъ 25 мая 1873 года. Согласно этому закону, съ переходомъ нѣкоторыхъ правительственныхъ учрежденій союзныхъ государствъ къ имперіи, къ ней перешли также и всѣ предметы, принадлежавшіе этимъ учрежденіямъ, въ особенности принадлежавшія имъ недвижимости. Но относительно этихъ недвижимостей имѣетъ силу слѣдующее постановленіе. Имперія можетъ ихъ продать и вмѣсто нихъ пріобрѣсти другія недвижимости, смотря по надобности. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, существуетъ постановленіе, въ силу котораго на эти участки, въ томъ случаѣ, если они становятся ненужными для цѣлей управленія, и отсутствуетъ потребность въ ихъ замѣнѣ, а, слѣдовательно, нѣтъ нужды въ отчужденіи ихъ для замѣны другими, то они возвращаются тому союзному государству, отъ котораго они перешли къ имперіи (§ 6 упомянутого закона).

§ 14. При юридическихъ дѣйствіяхъ возможны недоразумѣнія въ тѣхъ случаяхъ, когда при ихъ совершеніи происходятъ *ошибки*, или когда сами дѣйствія предпринимаются подъ вліяніемъ мотивовъ, несогласныхъ съ нравственностью, и ведутъ къ цѣлямъ, противнымъ правовому порядку. Для противодѣйствія этимъ явленіямъ право знаетъ слѣдующія средства: 1) *притязаніе* обязательно-

правового характера, направленное на уничтоженіе юридических послѣдствій дѣйствія, и 2) соответственное *возраженіе* противъ притязаній, предъявленныхъ на основаніи совершеннаго такимъ образомъ юридическаго дѣйствія. Въ подбныхъ случаяхъ римское право давало *actio* и *exceptio doli* или *metus*; если же дѣло шло объ ошибкѣ, то, смотря по обстоятельствамъ, или *actio*, вытекавшую изъ соответствующаго договора, или точно также *exceptio doli*. Тѣ же самыя средства свойственны и германскому гражданскому уложенію. Въ немъ ничто не препятствуетъ возбудить искъ и предъявить возраженіе на основаніи постановленій о недозволенныхъ дѣйствіяхъ. Возраженіе о зломъ умыслѣ возможно также и въ случаѣ ошибки, если по обстоятельствамъ случая представляется неблагоприятнымъ извлеченіе выгоды изъ ошибки.

Но этого недостаточно, такъ какъ такого рода средства дѣйствуютъ только обязательственно-правовымъ образомъ, вслѣдствіе чего потерпѣвшая сторона была бы безсильна по отношеніи къ третьему лицу, къ которому отъ нея перешла вещь. Если кто-нибудь, напр., вынудилъ у меня часы, то я бы ничего не могъ сдѣлать съ третьимъ лицомъ, которому вынудившій продалъ часы. Римское право помогало въ этомъ случаѣ тѣмъ, что *actio metus* было въ немъ *actio in rem scripta*, а также посредствомъ *in integrum restitutio*. Германское гражданское уложеніе допускаетъ здѣсь *оспариваніе* дѣйствія; подъ *оспариваніемъ* разумѣется заявленіе о томъ, что юридическія послѣдствія дѣйствія должны, считаться ненаступившими. Это заявленіе въ томъ случаѣ, если дѣйствіе обращено къ другому лицу, должно быть совершено по отношенію къ этому послѣднему; если же оно или его мѣстопробываніе неизвѣстно, то вмѣсто заявленія имѣетъ мѣсто замѣняющій его порядокъ (§§ 132 и 143 гражд. улож.). *Оспариваніе* имѣетъ тотъ результатъ, что съ этого момента всѣ юридическія послѣдствія дѣйствія съ начала до конца считаются несуществующими. Слѣдовательно не возникало никакого права требованія, и ответственность ни къ кому не переходила. Гражданское уложеніе допускаетъ такое *оспариваніе* и тогда, когда дѣйствіе совершено подъ вліяніемъ принужденія (угрозы), не обращая вниманія на личность угрожавшаго, въ случаѣ вовлеченія кого-либо въ сдѣлку путемъ намѣреннаго обмана, а также и въ случаѣ ошибки; если эта послѣдняя касается содержанія изъявленія воли, либо существенныхъ свойствъ предмета дѣйствія или личности совершающаго его. При этомъ предполагается, что лицо, впавшее въ ошибку

при разумной оцѣнкѣ и знакомствѣ съ истиннымъ положеніемъ дѣла, не совершило бы правового дѣйствія, на которое оно изъявило свою волю. Эти положенія вызываютъ на цѣлый рядъ затруднительныхъ изысканій, которымъ не мѣсто въ настоящемъ краткомъ изложеніи.

§ 15. Однимъ изъ самыхъ любопытныхъ правовыхъ понятій новой теоріи является понятіе *возраженія*. Извѣстно, что понятіе *exceptio*, отъ которой происходитъ теперешнее возраженіе, въ римскомъ правѣ исторически развивалась въ томъ смыслѣ, что было противомѣсомъ со стороны преторскаго права постановленія права гражданского. Какъ извѣстно, *jus civile* создавало одни правоотношенія, преторское право другія, а средствомъ примиренія этихъ двухъ порядковъ и являлось *exceptio*, которая направлялась противъ гражданского права (въ его исковой формулѣ) и парализовала его дѣйствительность, если къ этому стремилось преторское право. Римское право въ этомъ отношеніи допускало гораздо болѣе легкую процедуру, чѣмъ англійское, которое требуетъ особаго втораго процесса у канцлера для того, чтобы парализовать силу нормъ общаго права (*law*) началами справедливости (*equity*). Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, когда уже минули классическія времена, понятіе *exceptio* хотя и продолжало еще существовать, но не было уже такъ ясно въ сознаніи. Только въ средніе вѣка начинается новое его развитіе. Въ это время начинаютъ различать *exceptio facti* и *exceptio juris*, что коздибе и приводитъ постепенно къ новому понятію возраженія въ современномъ правѣ. Возраженіе нашего новаго права есть *exceptio juris* глоссаторовъ и постглоссаторовъ. Въ болѣе поздній періодъ вновь не могли справиться съ трудной задачей установленія правильнаго понятія возраженія. Школа XIX вѣка восприняла чистое римское понятіе *exceptio*, но не могла ни сама развить его далѣе, ни продумать до конца идей постглоссаторовъ. И только въ послѣднее время удалось схватить правильнымъ образомъ сущность понятія возраженія.

Часто утверждали, что понятіе возраженія противорѣчитъ логикѣ права. Ибо, разъ право желаетъ отъ кого-нибудь чего либо, то этому лицу не можетъ быть въ то же время предоставлено право воспрепятствовать осуществленію воли права. И, обратно, если данное лицо имѣетъ право игнорировать установленный правовой порядокъ, то, стало быть, и не существуетъ и велѣнія этого порядка, которое предъявляло бы къ кому либо тѣ или иныя требованія. Но это разсужденіе неправильно. Объективное право, по

требованіямъ правового порядка, можетъ очень легко связать въ волей отдѣльнаго человѣка какія угодно послѣдствія. Въ уголовномъ правѣ наказаніе, по требованіямъ правового порядка, можетъ быть поставлено въ зависимость отъ воли потерпѣвшаго; подобнымъ же образомъ въ гражданскомъ правѣ возможно признать отвѣтчика обязаннымъ къ исполненію лишь въ томъ случаѣ, если онъ опредѣленнымъ образомъ самъ не откажется отъ своего обязательства. Фактически такимъ образомъ, обязательство не становится недѣйствительнымъ. И потому было бы неправильно сказать, что я не обязанъ, если отказъ отъ обязательства находится въ моей власти. Въ этомъ мы убѣдимся изъ дальнѣйшаго изложенія.

Такой способъ юридическаго представленія явленій имѣетъ большое значеніе въ слѣдующихъ отношеніяхъ: 1) право отказаться отъ обязательства можетъ быть поставлено въ зависимость отъ какихъ либо условій; 2) отказъ можетъ причинить невыгоды лицу обязавшемуся, и онъ, поэтому, долженъ выбирать, воспользоваться ли ему его правомъ или нѣтъ, и 3) въ этомъ правѣ можетъ быть отказано. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, отнюдь не возникаетъ новаго притязанія, но получаетъ опять силу старое потерявшее было свое значеніе притязаніе, освобождаясь отъ наложеннаго на него запрета. И на самомъ дѣлѣ, представляетъ вѣдь существенное различіе то, возникаетъ ли вновь несуществовавшее раньше притязаніе, или остается въ силѣ старое, которое только освобождается отъ наложеннаго на него запрета. Представимъ себѣ, напр., случай, что право требованія обезпечено залогомъ на недвижимое имущество, при томъ такимъ образомъ, что за этимъ залогомъ дальше слѣдуютъ другіе залого. Въ такомъ случаѣ если требованіе связано съ существующимъ противъ него возраженіемъ, въ осуществленіи котораго отказано, то залогъ остается на своемъ первоначальномъ мѣстѣ. Если же требованіе теряетъ свою силу и возникаетъ на его мѣсто другое, то остальные залоговыя права выстѣпаютъ на первый планъ, и для новаго требованія залогъ можетъ быть установленъ лишь на послѣднемъ мѣстѣ.

Возраженіе это не что иное, какъ право отклонить притязаніе противной стороны вслѣдствіе присущаго ему недостатка. Этотъ недостатокъ даетъ лишь право возраженія, и онъ выступаетъ на видъ только тогда, когда имѣетъ мѣсто возраженіе. Возраженіе такимъ образомъ основывается не на самостоятельномъ правѣ, но опирается на недостатокъ притязанія противной стороны.

Необходимость права возраженія обнаруживаются лучше

всего при такъ называемыхъ дилаторныхъ или, какъ мы теперь ихъ называемъ, возраженіяхъ по преждевременности притязанія. Тутъ лицо, противъ котораго возбуждено притязаніе, можетъ отклонить его на извѣстный срокъ и такимъ образомъ и парализировать его, пока лицо, предъявившее притязаніе, не исправитъ недостатка, и возраженіе благодаря этому будетъ устранено. Такое возраженіе о преждевременности притязанія основывается во многихъ случаяхъ на постоянной связи человѣческихъ отношеній, въ силу которой часто двѣ вещи стоятъ не самостоятельно одна по отношенію къ другой, но обусловлены другъ другомъ и получаютъ извѣстное значеніе только при этой связи. Благодаря этому одна сторона можетъ потребовать, чтобы одновременно съ дѣйствіемъ, предпринятымъ ею, было совершено другою стороною другое дѣйствіе во избѣжаніе неестественнаго расчлененія и противорѣчащаго складу жизненныхъ отношеній обособленія связанныхъ между собою вещей.

Въ виду всего этого возраженіе является вѣрнымъ вспомогательнымъ средствомъ каждой стороны для того, чтобы заставить другую сторону сдѣлать съ своей стороны то, что оно должно для нея сдѣлать. Главными случаями примѣненія этого возраженія являются случаи взаимнаго обязательства (*exceptio non adimpleti contractus*) и права удержанія вещей взамѣнъ неисполняемаго обязательства (*exceptio retentionis*).

Но и такъ называемыя *постоянныя* возраженія, которыя раньше назывались перемпторными, имѣютъ важное значеніе, давая отвѣтчику средство защиты, если онъ этого желаетъ. Они выступаютъ на сцену нерѣдко въ качествѣ пособія къ праву оспариванія сдѣлки, благодаря чему отвѣтчикъ получаетъ два права, право оспариванія сдѣлки и право возраженія. Это совершенно соответствуетъ римскому праву, гдѣ во многихъ случаяхъ *exceptio* давалось рядомъ съ *in integrum restitutio*.

Право оспариванія сдѣлки имѣетъ и другую функцію. Въ противоположность возраженію его задача состоитъ въ томъ, чтобы привести притязаніе и даже самое право къ совершенному уничтоженію. А разъ право уничтожено, то и нѣтъ нужды въ возраженіи. Германское право, какъ уже было замѣчено выше, располагаетъ обоими средствами. Если я вовлеченъ въ сдѣлку благодаря намѣренному обману, то мнѣ принадлежитъ и право оспариванія, и возраженіе; то же имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, если я вступилъ въ сдѣлку по принужденію. И объективное право

сообщаетъ чрезвычайно важныя выгоды, если оно регламентируетъ оба средства. Путемъ оспариванія можно сдѣлку уничтожить разъ на всегда, но можно также противъ предъявленныхъ притязаній, исходящихъ изъ сдѣлки, привести возраженіе и отказать въ платежѣ. Последнее особенно важно потому, что оспариваніе весьма часто бываетъ ограничено предѣлами опредѣленнаго срока.

§ 16. *Исковую давность* германское гражданское уложеніе рассматриваетъ не какъ элементъ, разрушающій право требованія, а только какъ элементъ, дающій отвѣтчику право отказать въ удовлетвореніи притязанія. Отсюда вытекаетъ, что давность нисколько не касается самого права, а притязаніе затрагиваетъ лишь настолько, насколько у должника создается право на его отклоненіе. Неправильно было представлять себѣ дѣло такимъ образомъ, что давность препятствуетъ иску и процессу. Она препятствуетъ также и всякому осуществленію притязаній, а слѣдовательно, напр., и самоуправству тамъ, гдѣ это послѣднее обыкновенно допускается (ср. § 390 гражд. улож.).

Отклоненіе притязанія въ случаѣ давности имѣетъ особый характеръ,—характеръ индивидуальной защиты и потому вполне предоставляется индивидуальности того, противъ котораго предъявлено притязаніе. Воспользоваться или нѣтъ ссылкой на давность, это вопросъ совѣсти.

Основанія для давности заключаются въ слѣдующемъ. Никому не должно причинять несправедливости. Съ одной стороны, нельзя требовать второй разъ того, что было уже удовлетворено, а съ другой не слѣдуетъ не вовремя требовать уплаты стараго долга, чѣмъ могутъ быть ниспровергнуты всѣ имущественные расчеты давнаго лица. Не должны быть, въ особенности, предъявляемы притязанія, которыя когда то должны были быть покрыты изъ доходовъ съ имущества лица, но будучи капитализованы должны пасть на имущественный капиталъ, такъ если бы, напр., кто-либо пожелалъ взыскать принудительно въ одинъ пріемъ проценты за цѣлыхъ 20 лѣтъ. Рѣшеніе вопросовъ, при этомъ возникающихъ, а именно: не совершается ли благодаря несвоевременному взысканію несправедливости по отношенію къ должнику; не идетъ ли здѣсь дѣло о погашенномъ уже притязаніи, оплату котораго трудно теперь доказать; не представляется ли осуществленіе притязанія въ настоящее время, какъ указано выше, такимъ вторженіемъ прошлаго въ настоящее, при которомъ нару-

пается весь порядокъ дѣла,—должно быть предоставлено совѣсти должника. Если онъ не воспользуется давностью и заплатитъ, то онъ избираетъ этимъ обратное. Въ этомъ случаѣ дѣйствуетъ принципъ, что тотъ, кто уплатитъ, несмотря на давность, не въ правѣ требовать возвращенія уплаченнаго, даже если онъ уплатилъ въ силу ошибочнаго соображенія, или вовсе безъ всякихъ соображеній, не зная о давности. Этому принципу подчиняются случаи такъ называемой укороченной давности, когда дѣло касается въ большинствѣ случаевъ небольшихъ суммъ, которыя однако въ жизни имѣютъ огромное значеніе. Дѣло здѣсь идетъ обыкновенно объ отношеніяхъ между дѣловыми людьми и публикой, и въ особенности между процессіональными дѣловыми людьми, каковы купцы и ремесленники, т. е. такими лицами, которыя принимаютъ на себя обязательства въ силу договоровъ личнаго найма, подряда или доставки готовыхъ вещей. Подобныя лица должны составлять счета своевременно, чтобы покупатели могли ихъ обозрѣть, и должны настаивать на скорѣйшей ихъ оплатѣ, потому что по истеченіи долгаго времени расписки въ полученіи могутъ затеряться, а слѣдовательно сдѣлается невозможнымъ и доказательство состоявшейся оплаты. Если бы не было подобнаго рода давности, то все хозяйственное управление сдѣлалось бы беспорядочнымъ, или каждому, какъ купцу, пришлось бы тщательно сохранять въ теченіе неопредѣленнаго времени всѣ бумаги, относящіяся къ данной сдѣлкѣ. Благодаря этому могло бы произойти много неправды, и отъ каждого лица потребовалось такая дѣловая заботливость, которая совершенно не окупается существомъ дѣла. Давность, о которой здѣсь идетъ рѣчь, есть двухгодичная давность, теченіе которой, однако, начинается съ конца календарнаго года. Весьма важное значеніе имѣетъ также четырехлѣтняя давность для процентовъ и другихъ періодическихъ уплатъ. Не меньшее значеніе имѣетъ трехлѣтняя давность для обязательствъ, возникающихъ изъ недозволенныхъ дѣяній, которая начинается съ момента установленія этого дѣянія, его виновника, а также причиненнаго такимъ дѣяніемъ вреда. Эта давность имѣетъ особенно важное значеніе. Кому изъ насъ не случалось сдѣлать того или иного проступка, какой чиновникъ не сдѣлалъ промаха, дѣлающаго его отвѣтственнымъ? По истеченіи же трехъ лѣтъ, когда послѣдствія дѣянія уничтожены давностью, должно паступить увѣренное спокойствіе чиновника въ томъ, что отвѣтственность съ него снята. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ имѣетъ примѣненіе еще традиціонная тридцатилѣтняя давность.

Такимъ образомъ, давность для прекращенія споровъ является регулирующимъ, упорядочивающимъ и успокаивающимъ средствомъ первостепенной важности.

Изъ предыдущаго, однако, уже вытекаетъ, что теченіе давности не можетъ продолжаться въ томъ случаѣ, если истецъ законнымъ порядкомъ возбуждаетъ искъ, и отсюда вытекаетъ принципъ, по которому теченіе давности прерывается въ случаѣ предъявленія иска. Перерывъ уничтожаетъ давность, потому что тотъ, кто возбуждаетъ искъ или употребляетъ иныя средства принудительнаго взысканія, дѣлаетъ все возможное, что лежитъ въ его силахъ, и потому нѣтъ ничего несообразнаго въ томъ, если онъ требуетъ себѣ принадлежащаго и послѣ срока. Вслѣдствіе возбужденія иска на отвѣтчика оказывается такого рода воздѣйствіе, послѣ котораго онъ уже не можетъ имѣть основанія ссылаться на давность. Теченіе давности можетъ возобновиться только послѣ прекращенія процесса, но тогда начинается уже новая давность. Въ противоположности къ перерыву теченія давности находится временная ея приостановка, которая выражается въ томъ, что время перерыва не входитъ въ срокъ давности, но время до перерыва засчитывается въ этотъ срокъ. Такъ напримѣръ, если дѣло идетъ о притязаніяхъ между супругами, или родителями и дѣтьми. Здѣсь давность совсѣмъ не должна течь, потому что было бы несогласно съ нравственными началами требовать, чтобы супруги или родители съ дѣтьми возбуждали обязательно другъ къ другу иски. Совершенно другое, если недѣеспособное или ограниченное въ дѣеспособности лицо въ нужный моментъ не имѣетъ своего представителя. Въ этомъ случаѣ дѣло рѣшается такимъ образомъ, что право предъявленія иска сохраняется еще въ теченіе 6 мѣсяцевъ послѣ того, какъ вступаетъ въ силу законное попечительство.

Въ общемъ можно лишь привѣтствовать постановку, которую гражданское уложеніе дало институту давности. Едва ли гдѣ существуетъ другой законъ о давности, который бы разрѣшалъ такъ удовлетворительно соотвѣтственныя правоотношенія, какъ германское уложеніе. Можно, правда, поставить еще одинъ вопросъ, связанный съ давностью, а именно вопросъ о томъ, не слѣдуетъ ли допустить перерывъ укороченной давности путемъ напоминанія, и правильно ли вообще требовать, чтобы во всѣхъ случаяхъ для перерыва давности требовалось непременно принудительное взысканіе путемъ иска или равноцѣннымъ процессуальнымъ путемъ. Однако, и въ этомъ случаѣ постановленія гражданского уложенія

слѣдуетъ только одобрить. Напоминаніе понятіе очень широкое, и если бы допустить его силу въ этомъ его значеніи, то самая давность пріобрѣла бы полную неопредѣленность. Съ другой стороны въ большинствѣ случаевъ взысканіе долга, допускаемое при посредствѣ вызывного производства, столь облегчено, что обращенія къ нему можно всегда требовать отъ кредитора. Пожалѣть слѣдуетъ лишь объ одномъ,—о томъ, что счетъ сроковъ давности не всегда достаточно правильно соображенъ съ соотвѣтствующими правовыми отношеніями.

Б. АБСОЛЮТНЫЯ ПРАВА.

Книга первая.

Право личности.

а) *Выраженія права личности.*

§ 17. Право личности, какъ правомочіе требовать, чтобы каждый человекъ былъ признанъ полноправной, нравственной и умственной личностью, имѣетъ разнообразныя выраженія. Оно заключаетъ въ себѣ права на жизнь, здоровье и честь. Если же лицо занимается какимъ-нибудь промысломъ, то и этотъ послѣдній, какъ это предстоитъ еще показать (§ 21), составляетъ его правовое пріобрѣтеніе. Но и другія, побочныя права лица, пріобрѣтаютъ часто такую структуру, которая содѣйствуетъ укрѣпленію положенія лица въ качествѣ личности. Къ числу такихъ правъ принадлежитъ *право на имя*, признаваемое въ специальномъ постановленіи § 12 гражд. улож. Защита имени получила этимъ путемъ санкцію имперскаго законодательства, и теперь стоитъ незыблемо то положеніе, что всякое вторженіе въ именныя права можетъ быть преслѣдуемо. Сюда относится, напр., случай, когда у кого-нибудь оспариваютъ имя, или если кто-либо противозаконно пользуется нашимъ именемъ, нарушая при этомъ наши интересы. Понятіе имени обнимаетъ собою какъ законное имя, такъ и общепризнанный псевдонимъ.

Особенно важное значеніе имѣетъ право на имя въ области торговли. Купецъ, и въ особенности *полный купецъ* въ смыслѣ торговаго уложенія, а также торговья товарищества имѣютъ свои особыя обозначенія, свои особыя торговья имена, которыя называются „фирмой“. Подъ такимъ именемъ купецъ совершаетъ свои торго-

выя юридическія дѣйствія, при томъ не только юридическія сдѣлки, но и всѣ вообще юридическія дѣйствія въ области гражданского права и процесса. Особенное значеніе при этомъ имѣетъ то, что фирма можетъ быть отчуждаема вмѣстѣ съ предпріятіемъ, что не допускается по отношенію къ обыкновенному гражданскому имени. Основаніе этого лежитъ въ томъ, что въ торговомъ оборотѣ личность такъ крѣпко сростається съ предпріятіемъ и передаетъ ему свой характеръ, что надо предположить, что предпріятіе, покрайней мѣрѣ на первыхъ порахъ, будетъ вестись въ томъ же направленіи, если создавшая его личность и отступитъ на задній планъ. Первоначально требовалось, чтобы новый хозяинъ предпріятія называлъ себя преемникомъ такой и такой-то фирмы. Но затѣмъ позволено было обходиться безъ такого обозначенія, благодаря чему фирма сама стала переходить отъ одного лица къ другому. Изъ этого историческаго развитія вытекаетъ, что рѣчь не идетъ здѣсь объ особенной передачѣ въ смыслѣ правопреемства. Приобрѣтателю предпріятія присвоивается только исключительное право принять чужую фирму въ качествѣ своего имени, чтобы обозначать себя, какъ преемника извѣстнаго предпріятія. Обозначеніе имѣетъ постоянный характеръ. Это, само собою разумѣется, имѣетъ значеніе только тогда, когда предшественникъ, передавшій фирму, самъ имѣлъ на нее право. Если же этого не было, то приобретатель предпріятія не имѣетъ права присваивать себѣ имени, потому что не существуетъ предположенія о допустимости носить чужое имя. Сохраненіе чужого имени возможно только тогда, когда послѣднее было законно приобретено предшественникомъ приобретателя.

Путемъ передачи предпріятія имя передается только въ томъ случаѣ, если передача была полная. Оно переходитъ, когда прежній носитель имени разрѣшаетъ полный переходъ, когда онъ разрѣшаетъ переходъ предпріятія съ правомъ постоянного обозначенія названіемъ прежней фирмы. И потому предпріятіе можетъ быть передано вмѣстѣ съ фирмой и въ случаѣ принудительнаго взысканія вообще, а особенно въ случаѣ взысканія по конкурсу. Это значитъ, что приобретателю предпріятія дается право принять фирму предшественника, падъ которымъ былъ учрежденъ конкурсъ. Это право оспаривается на томъ основаніи, что фирма представляетъ собою право личное, а не имущественное. Однако этотъ аргументъ не убѣдителенъ, потому что принудительное взысканіе направляется не на фирму, а на предпріятіе. Это принудительное взысканіе, направленное на предпріятіе, имѣетъ полное значеніе только тогда,

когда приобретатель предприятия обозначить себя, какъ преемникъ фирмы, или будетъ вести предприятие той же фирмы, если ему будетъ позволено пользоваться ея обозначеніемъ. Тутъ вопросъ можетъ идти только о томъ, можетъ ли предприятие путемъ принудительнаго взысканія быть передано полностью, вмѣстѣ съ фирмою, другому лицу, или нѣтъ ¹⁾.

Для отрицательнаго отвѣта на этотъ вопросъ нѣтъ оснований. Можно, въ крайнемъ случаѣ, сказать, что нельзя должнику воспретить возстановить фирму и вновь основать предприятие. Но этого не запрещаетъ и вышеуказанное отчужденіе по конкурсу съ оговоркой употреблять свою фирму такъ, чтобы не казалось, что должникъ продолжаетъ старое предприятие. Противъ отрицательнаго отвѣта говоритъ въ особенности то обстоятельство, что названіе газеты можетъ быть отчуждаемо по конкурсу вмѣстѣ съ газетою. Точно также можетъ быть отчуждаемо и право на промыселъ, если только оно способно къ отчужденію.

Къ праву на фирму приближается право на названіе газеты. Газета есть предприятие, которое имѣетъ свое обозначеніе. Оно называетъ газету и собственника газеты въ его качествѣ главы предприятия, а потому сюда приложимо и вышеуказанное правило: предприятие можетъ быть отчуждаемо, вмѣстѣ съ своимъ названіемъ.

Все это, однако, входитъ въ область торговаго права. Сюда же относится право снабжать товаръ именемъ или знакомъ, т. н. право на клейма. Однако это не специальное право купцовъ, а право всякаго, производящаго продукты, напримѣръ, сельскаго хозяина. Центръ тяжести этого ученія, тѣмъ не менѣе, все-таки лежитъ въ сферѣ торговаго права, почему мы и ограничимся сказаннымъ.

§ 18. Къ правамъ личности принадлежитъ также право на собственное свое изображеніе ²⁾. Утверждали, что каждый имѣетъ такое исключительное право на свое изображеніе, что онъ вообще можетъ запретить выставить публично свой портретъ. Но это утверженіе идетъ слишкомъ далеко. Біографія, хотя бы только внѣшняго характера, замѣчательныхъ личностей общественное достояніе, которое не должно быть отнимаемо у публики. Подобно этому и портретъ извѣстной личности принадлежитъ обществу, которое имѣетъ право требовать, чтобы его изображеніе отъ него не скрывали ³⁾.

¹⁾ Leitfaden des Konkursrechts, 2 Aufl., стр. 242.

²⁾ Объ этомъ и другихъ вопросахъ Kohler, das Eigenbild im Recht (1903).

³⁾ Было бы неправильно говорить здѣсь о простомъ любопытствѣ, поскольку

Иначе было бы, если бы лицо жило совсѣмъ далеко отъ общественной жизни, и если бы портретъ этого лица показывался публичкѣ въ виду случайныхъ событій въ интересахъ сплетни или по злостнымъ побужденіемъ лица, выставляющаго портретъ, или если бы послѣдній показывался въ недостойномъ, унижающемъ видѣ, въ особенности въ обстановкѣ, способной вызвать презрительное отношеніе. Такъ, вполне правильно сочли недозволеннымъ портретъ пѣвицы помѣщать на коробкахъ для спичекъ или бисквитовъ.

Нарушеніемъ нравъ личности было бы и то, если бы она была противъ своей воли изображена въ интимномъ обществѣ или въ костюмѣ, который не былъ предназначенъ для выставленія на показъ. Было бы вполне противозаконно распространять изображеніе личности, фотографированной въ ваннѣ или въ спальнѣ. Интимными считаются и сцены отчаянія, сопровождающія смерть. И потому не дозволено распространять изображеніе покойника, безъ надлежащаго соизволенія носителей личнаго права, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда останки покойнаго не преданы публичному поклоненію или не выставлены на парадномъ ложѣ. Такъ извѣстенъ случай съ Бисмаркомъ. Два человека съ нарушеніемъ домашняго спокойствія ворвались и сняли фотографію съ трупа этого государственнаго дѣятеля при вспышкѣ магнія. Распространеніе этой фотографіи было воспрещено всѣми судебными инстанціями. Мотивы рѣшенія имперскаго суда оставляютъ, однако, желать многого ¹⁾.

§ 19. Право личности можетъ быть осуществлено въ томъ смыслѣ, что никто не имѣетъ права посягать на честь лица и потому долженъ воздерживаться отъ всѣхъ дѣйствій, которые принимаютъ или унижаютъ лицо, дѣлаютъ его смѣшнымъ и лишаютъ его должнаго къ нему уваженія. Въ этомъ отношеніи гражданское право идетъ дальше, чѣмъ уголовное. Уголовное право караетъ только посягательство на нравственное достоинство человека. Гражданское право усматриваетъ посягательство и въ томъ, что распространяются свѣдѣнія о физическихъ качествахъ лица, дающія возможность составить о немъ представленіе, какъ о менѣ способномъ человекѣ, или распространяются ложные свѣдѣнія о происхожденіи лица, его религіи и другихъ качествахъ, которыя, будучи съ

покрайней мѣрѣ стремленіе человека къ знанію вообще можно называть любопытствомъ (vide Hermann und Darothea).

¹⁾ Cp. Autor—und industrierrechtl. Studien II, 61 сл.

нравственной точки зрѣнія безразличными, тѣмъ не менѣе могутъ принести вредъ въ дѣловой сферѣ даннаго лица.

Сюда же относится косвенное очерненіе личности путемъ описанія ея въ романѣ, новеллѣ или иного рода художественномъ произведеніи, въ которыхъ личность изображается въ уничижающемъ видѣ, или открываются для публики интимныя стороны ея жизни въ недопустимой мѣрѣ. Само собой разумѣется, что, если кто-нибудь въ романѣ употребитъ просто имя даннаго лица или укажетъ номеръ его дома, то въ этомъ не будетъ еще признаковъ неправоумнаго дѣянія. Въ романѣ долженъ назваться какъ нибудь дѣйствующихъ лицъ, и если бы онъ долженъ былъ искать для нихъ именъ чужихъ странъ, то это повредило бы его описаніямъ. Слѣдуетъ прибавить къ этому что наши имена столь однообразны, и ихъ носителей такъ много, что никогда нельзя настаивать, безъ дальнѣйшихъ доказательствъ, на тождествѣ упоминаемаго въ произведеніи имени съ именемъ считающаго себя обиженнымъ. Исключеніе составляютъ имена извѣстныхъ лицъ или такихъ, о которыхъ много говорятъ. При упоминаніи такихъ именъ публика тотчасъ же представитъ себѣ дѣйствительнаго носителя такого имени, особенно тогда, когда и другія обстоятельства указываютъ на это лицо. Въ этомъ случаѣ указаніе фамиліи и квартиры было бы недопустимымъ оскорбленіемъ для этого лица.

§ 20. Наиболѣе важное нарушеніе права личности имѣетъ мѣсто тогда, когда кто либо посягаетъ на положеніе лица въ промышленной его сферѣ. Это случаи, когда кто-либо употребляетъ въ свою пользу чужія заслуги (напримѣръ, приписываетъ предметы собственнаго производства другому лицу и злоупотребляетъ его положеніемъ путемъ введенія публики въ обманъ); когда кто-либо проникаетъ въ чужую тайну; когда кто-либо принижаетъ положеніе другого въ промышленности или когда кто-либо принимаетъ мѣры, имѣющія цѣлью путемъ введенія публики въ заблужденіе, возвысить свое положеніе надъ другимъ и этимъ отнять у другого часть результатовъ его личнаго вліянія, которымъ онъ пользовался въ оборотѣ. Сюда относятся ложныя рекламы, наградныя медали, выставлемыя на магазинныхъ окнахъ, и т. п. Вся сфера этихъ отношеній опредѣляется терминомъ недобросовѣстной конкуренціи (*concurrence déloyale*).

Исторія отношеній къ этой недобросовѣстной конкуренціи въ Германіи имѣетъ особый интересъ.

Общее римское право въ случаѣ каждаго дѣянiя, основаннаго на умышленномъ обманѣ, и направленнаго in *pecem alterius* давало *actio doli*. Въ послѣднiя десятилѣтiя 19-го столѣтiя съ момента обнаруженiя нѣмецкаго закона о товарныхъ знакахъ германская юриспруденцiя пошла назадъ. Съ этого времени начинаютъ отказывать въ допущенiи *actio doli* при недобросовѣстной конкуренцiи. Оригинальное мнѣнiе, что законъ о товарныхъ знакахъ имѣеть ограниченную силу, что онъ, съ одной стороны, долженъ защищать честный оборотъ, и что съ другой стороны онъ долженъ предавать этотъ честный оборотъ, который раньше пользовался защитой закона, привелъ къ тому, что стали говорить: если законъ о товарныхъ знакахъ не нарушенъ, то нельзя преслѣдовать и самыя явныя недобросовѣстныя дѣйствiя въ торговомъ оборотѣ. А такъ какъ старый законъ о товарныхъ знакахъ былъ весьма несовершененъ, то наступали весьма нежелательныя послѣдствiя. Самыя злостныя и плутовскiя рекламы, самыя своеобразныя обманы публики во вредъ конкуренцiи, самыя невѣроятныя указанiя относительно происхожденiя товаровъ, злоупотребленiя сходными именами, все это было внѣ компетенцiи карающаго закона. Право отказывало въ *actio doli*. Юриспруденцiя рейхсгерихта въ 80-хъ годахъ первая начала путаться въ этомъ тупикѣ¹⁾, а положивши начало, дѣлала одну ошибку за другой. Надо признаться, что періодъ съ 1886 года по 1896 годъ не принадлежитъ къ блестящему времени въ исторiи германскаго права. Въ его теченiе проявилось замѣчательное отсутствiе искусства въ примѣненiи права и узкiй формализмъ. Это должно тѣмъ болѣе удручать и огорчать, что не только французскiе, англiйскiе и американскiе суды проявляли иное направленiе дѣятельности, но и швейцарскiй союзный судъ отправлялъ правосудiе лучше, чѣмъ германскiй имперскiй судъ. Особенно любопытно то, что такая судебная практика установилась въ отдѣленiи германскаго имперскаго суда, гдѣ разсматривались дѣла изъ областей французскаго права, и гдѣ поэтому можно было ожидать болѣе свободнаго толкованiя права. Я цѣлыхъ десять лѣтъ возмущался противъ такой судебной практики и боролся съ ней. Но имперскiй судъ не уступалъ и оставался при своемъ заблужденiи. Стоитъ бросить еще взглядъ на эти рѣшенiя, которые потомству покажутся весьма необычайными. Послѣ рѣше-

¹⁾ Это былъ несчастный приговоръ отн. „черной руки“. Теченiе этого процесса описано въ моей книгѣ: „Aus dem Patent-und Industrierecht“, I, стр. 39 слѣд. Рѣшенiе рейхсгерихта было вынесено 2 iюля 1886 г.

ніа о черной рукѣ послѣдовало рѣшеніе имперскаго суда (по перв. отд.) 27 апрѣля 1887 года (т. XVII, стр. 101) и 13 ноября 1886 г. (т. XVIII, стр. 93). Въ послѣднемъ рѣшеніи говорится о томъ, что нельзя ничего сдѣлать съ товарнымъ знакомъ даже и тогда, когда онъ избранъ съ намѣреніемъ внести въ оборотъ путемъ обмана путаницу. Потомъ послѣдовало (по II отд.) рѣшеніе 28 мая 1892 года (т. XXIX стр. 57), гдѣ во главѣ также былъ выставленъ тотъ же принципъ. Это было особенно замѣчательный случай. Когда Турція монополизировала на своей территоріи фабрикацію табаку, одинъ торговый домъ перенесъ свои дѣла въ Гамбургъ, при чемъ онъ писалъ на ярлыкахъ отъ табаку S frères de Constantinople, почему покупателямъ и казалось, что они приобретаютъ настоящій турецкій табакъ. Въ такомъ видѣ табакъ продавался также въ Баденѣ, странѣ французскаго права. Низшіе суды не пожелали на этотъ разъ руководиться прежними приговорами имперскаго суда, Мангеймскій ландгерихтъ, а также оберландгерихтъ въ Карлсруэ предписали отвѣтчику вычеркнуть слова de Constantinople изъ товарнаго знака. Но на это не пошелъ имперскій судъ. Онъ и тутъ остался на разѣ занятой позиціи и объявилъ дословно слѣдующее (Entscheid. in Civilsachen XXIX, стр. 60).

„Законъ не даетъ защиты противъ простого употребленія при названіи своего фабrikата ложнаго обозначенія мѣста его изготовленія, какъ дополненія къ собственному названію существующей фирмы. Ссылка же на введеніе публики въ заблужденіе, а потому и уменьшеніе сбыта товаровъ, обусловливаемого concurrence déloyale, не даетъ еще основанія для оказанія такой защиты. А потому не можетъ имѣть никакого результата попытка истца путемъ деликтнаго иска оградить себя на будущее время отъ опасности уменьшенія сбыта товаровъ, вызваннаго ложнымъ обозначеніемъ товаровъ, также и въ правовой области, въ которой иски на недобросовѣстную конкуренцію вообще допускаются на основаніи статьи 1382 Code civil“.

Этимъ дѣло и кончилось. Не оставалось ничего другого, какъ исправить дѣло изданіемъ закона. Это было такимъ настоятельнымъ требованіемъ, что, не дожидаясь появленія гражданскаго уложенія, былъ изданъ 27 мая 1896 года законъ о недобросовѣстной конкуренціи. Этотъ законъ по существу казуистиченъ. Онъ перечисляетъ разные случаи недобросовѣстной конкуренціи, и прежде всего ложную рекламу, клевету, распространеніе ложныхъ слуховъ вредящихъ чести и подрывающихъ уваженіе къ чужому предпріи-

тію, злоупотребуваніє сходними іменами и, наконецъ, разглашеніє профессиональныхъ тайнъ предпріятія. Нѣкоторые другіє случаи недобросовѣстной конкуренціи, какъ ложное указаніє происхожденія, подражаніє въ упаковкѣ и снабженіи товара тѣми или другими принадлежностями товара, запретилъ уже законъ о товарныхъ знакахъ, изданный 12 мая 1894 года. Законъ противъ недобросовѣстной конкуренціи былъ шагомъ къ лучшему. Онъ имѣеть свое значеніє и теперь, какъ потому, что въ немъ содержатся уголовныя наказанія за нарушеніє его постановленій, такъ и потому, что согласно этому закону, для предьявленія достаточно указать на одинъ изъ перечисленныхъ въ немъ случаевъ, не входя въ дальнѣйшія разъясненія недобросовѣстнаго характера дѣйствія.

Относительно сходныхъ именъ слѣдуетъ замѣтить слѣдующее. Каждое лицо, занимающееся торгово-промышленной дѣятельностью имѣеть право употреблять свое собственное имя. Однако нельзя этого дѣлать такимъ образомъ, чтобы употребленіє имени не было способомъ злоупотребленія, иными словами давало основаніє публикѣ заблуждаться и считать данное имя именемъ не настоящаго производителя товаровъ, а другого одноименнаго. И потому одинъ промышленникъ не имѣеть права употреблять имя, если случайно то же имя носить другой извѣстный въ торговомъ оборотѣ промышленникъ, и если ихъ возможно смѣшать другъ съ другомъ. Есть много способовъ пользованія своей фамиліей. Можно строго индивидуализировать свою фамилію указаніємъ имени, присоединеніємъ другихъ поясненій и такимъ образомъ сдѣлать изъ нея вполне определенное, ясно распознаваемое обозначеніє. Честное употребленіє имени состоитъ только въ томъ, что его снабжаютъ, когда нужно, индивидуализирующимъ признакомъ, отличающимъ его отъ имени другого лица въ томъ его видѣ, въ какомъ оно употребляется этимъ послѣднимъ. По крайней мѣрѣ, это нужно дѣлать тогда, когда слѣдуетъ опасаться смѣшенія. Основное требованіє добросовѣстной конкуренціи состоитъ слѣдовательно въ томъ, что новый носитель той или иной фамиліи, долженъ присоединять къ ней, если это нужно, какой-либо индивидуализирующій и отличающій отъ другихъ признаковъ, въ особенности же онъ долженъ избѣгать всего того, что можетъ увеличить смѣшеніє его наименованія съ наименованіємъ другого, иными словами онъ долженъ не только не подражать какимъ-либо особенностямъ, связаннымъ съ чужимъ наименованіємъ, но, наоборотъ, выставить какую либо отличающую особенность своего. Все это нужно оцѣни-

вать не шаблоннымъ образомъ, а сообразуясь въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ съ его особенностями. Поэтому для борьбы съ недобросовѣстной конкуренціей слѣдуетъ искать опоры не въ формальномъ законѣ о товарныхъ знакахъ, а въ матеріальной охранѣ правъ личности.

Возможенъ слѣдующій случай: имя производителя употребляемое для обозначенія товара, можетъ сдѣлаться названіемъ товара или торговый оборотъ пойметъ дѣло такъ, что обозначенные даннымъ именемъ товары указываютъ не на фабрику производителя, но что имя, на нихъ выставленное, обозначаетъ особый родъ товара или своеобразный способъ его производства. Подобный переходъ отъ названія лица къ названію вещи встрѣчается иногда въ жизни. Но здѣсь нѣтъ мѣста для особыхъ сомнѣній, особенно, если носитель наименованія не былъ небреженъ и позаботился указать публикѣ на то, что названіе указываетъ на производителя, а не на особый родъ продукта. Напримѣръ, если изобрѣтатель даетъ какому-нибудь лицу исключительное право на фабрикацію товара, то онъ не долженъ предоставлять фабриканту право обозначать товаръ именемъ изобрѣтателя, потому что такое обозначеніе можетъ перейти въ названіе товара. Слѣдуетъ рекомендовать затѣмъ производителю не обозначать одного товара своимъ именемъ, а другого инымъ, потому что это обстоятельство заставило бы предположить, что это имя связывается только съ специальнымъ видомъ товаровъ и должно быть прилагаемо специально только для обозначенія этихъ товаровъ. Изложенныя опредѣленія закона о конкуренціи пополняются постановленіями гражданского уложенія. Параграфъ уложенія, который специально посвященъ недобросовѣстной конкуренціи, есть § 826. Специально же противъ недобросовѣстной конкуренціи направленъ § 823, потому что въ немъ говорится объ ущербѣ, причиняемомъ правамъ личности.

Что одного закона о конкуренціи недостаточно и нужно воспользоваться §§ 823 и 826 гражд. улож., чтобы бороться съ нечестной конкуренціей, фактъ общепризнанный ¹⁾.

¹⁾ Такимъ образомъ въ Jahresbericht der Handelskammer zu Berlin за 1902 г., на стр. 38: очень сильны были за отчетный годъ жалобы розничныхъ торговцевъ на вредъ, приносимый недобросовѣстной конкуренціей, мошенническими аукціонами, распродажами, такъ называемыми торговыми домами для случайныхъ вещей, союзами объ уступкахъ и т. п. Ср. также стр. 91 о злоупотребленіяхъ при продажѣ коньяку. Объ этомъ также Bericht des Ältestenkollegium 1902, II, стр. 18.

Случаи недобросовѣстной конкуренціи, которые не предусмотрѣны закономъ о конкуренціи, слѣдующіе:

1) сбавка цѣны на чужой товаръ посредствомъ неблагоприятныхъ средствъ; напримѣръ, если кто-либо постоянно продаетъ чужой товаръ ниже цѣны, чтобы представить его въ качествѣ малоцѣннаго. Сбытъ товара за безцѣнокъ можетъ быть дѣйствительнымъ средствомъ для сбавки цѣны и униженія товара, какъ указываетъ французская практика;

2) неблагоприятное приниженіе чужого товара, когда, напримѣръ его выкладываютъ въ магазинѣ такимъ образомъ, чтобы покупатель его искалъ, а потомъ, пользуясь этимъ случаемъ, унижаютъ этотъ товаръ и предлагаютъ другой. Это превышаетъ дозволенное порицаніе товара, потому что продавецъ не даетъ возможности критиковать товаръ, а воздѣйствуетъ покупателя особыми средствами, чтобы духовно повліять на него.

3) особаго рода недобросовѣстность заключается въ томъ, что угрожаютъ другой сторонѣ до тѣхъ поръ сбавлять цѣну на ея товаръ, пока не вынудятъ у нея какую-либо уступку. Это нерѣдкое средство, чтобы поколебать торговый домъ, не желающій вступить въ какія либо сдѣлки или въ союзъ съ другимъ какимъ либо предпріятіемъ. Другими словами, вымогательство посредствомъ угрозъ сбыта за безцѣнокъ и вообще разоренія недозволено и подлежитъ уголовному преслѣдованію. Если же угроза противозаконна, то противозаконно и приведеніе ея въ исполненіе, которое есть преслѣдованіе незаконныхъ цѣлей. Если бы ограничиться угрозой и не начать разоренія съ другаго предпріятія, то угроза была бы недѣйствительна, и съ ней было бы легко справиться. Въ каждомъ планомѣрномъ разореніи другого мы имѣемъ продолженіе и увеличеніе угрозы. При всякой такой дѣятельности обыкновенно говорятъ: это я дѣлаю, буду дѣлать и впредь, пока ты не будешь поступать соотвѣтственно моимъ желаніямъ. Такимъ образомъ, богатые капиталами союзы могутъ подчинять своей власти другихъ менѣе богатыхъ производителей. Такіе союзы могутъ принудить производителей подчиняться ихъ распоряженіямъ и даже вполнѣ слиться съ ними. Это закономъ не допускается, ведетъ къ судебному запрещенію подобныхъ дѣйствій и возмѣщенію убытковъ.

Слѣдующій важный вопросъ, который имѣетъ жизненное значеніе въ отношеніяхъ между крупными торговыми фирмами и розничными продавцами, заключается въ слѣдующемъ: не долженъ ли производитель какого угодно товара, снабженнаго этикетой или

маркой, требовать, чтобы товар съ этикетой не продавался дешевле установленной цѣны, потому что, въ противномъ случаѣ, оптовые торговцы пониженіемъ цѣнъ дѣлаютъ невозможными торговые обороты для розничныхъ торговцевъ. Это слѣдовало бы добавить къ закону о товарныхъ знакахъ.

Наконецъ весьма важенъ вопросъ, насколько примѣняются законы о недобросовѣстной конкуренціи, когда дѣло подходитъ подъ законъ о товарныхъ знакахъ. То, что рейсгерихтъ высказалъ въ свое время по этому вопросу, какъ это видно уже изъ предыдущаго, совершенно неправильно. Гораздо большее значеніе имѣютъ разъясненія Швейцарскаго союзнаго суда, исходящія изъ статьи 50 швейцарскаго обязательственнаго права, на которой основываютъ притязаніе противъ недобросовѣстной конкуренціи. Слѣдуетъ вкратцѣ напомнить эти разъясненія.

Утверждали, что послѣ рѣшенія союзнаго суда, статья 50 не имѣла бы примѣненія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, которые предусмотрены специальнымъ закономъ, а именно, закономъ о товарныхъ знакахъ. И, дѣйствительно, союзный судъ сдѣлалъ такое разъясненіе 31 января 1896 г. (Curti № 2556): „Если недобросовѣстная конкуренція заключается въ нарушеніи права, которое охраняется специальнымъ закономъ, то такое незаконное дѣяніе можетъ преслѣдоваться только специальнымъ закономъ, такъ что ссылка на общія узаконенія, относящіяся къ *concurrence déloyale* не могутъ найти себѣ примѣненія, независимо отъ того, выполнены ли формальности specialнаго закона (здѣсь закона о товарныхъ знакахъ), или нѣтъ“. Но въ послѣдующемъ рѣшеніи 19 іюня 1896 г. (Curti № 2561) мы читаемъ такое превосходное разъясненіе: „Принимая во вниманіе, что: снабженіе товара всѣмъ необходимымъ есть общее понятіе, которое въ себѣ заключаетъ болѣе узкое понятіе товарнаго знака; что фабричное клеймо есть разновидность отличительнаго знака или знака, указывающаго на происхожденіе товара; что законъ о товарныхъ знакахъ имѣетъ цѣлью дать этому клейму особую гражданскую и уголовную защиту,—слѣдуетъ отдать предпочтеніе тому толкованію, по которому подъ судебной защитой, о которой говоритъ статья 4¹⁾, надо понимать только specialную защиту товарнаго знака“. Ср. далѣе рѣшеніе 6 ноября 1897 г. (Levy contra Naphtaly № 2571), гдѣ справедливо замѣчается, что по

¹⁾ Именно art. 4 швейцарскаго закона о товарныхъ знакахъ, который говорить о судебной защитѣ знаковъ и требуетъ заявленія знака.

отношенію къ фирмамъ, помимо специальныхъ постановленій статьи 867 слѣд. обязательственнаго права, примѣняются общія узаконенія о недобросовѣстной конкуренціи. Здѣсь въ особенности было указано на то, что при этомъ нельзя дѣлать заключенія о томъ, что примѣненіе постановленія, заключающагося въ 50 статьѣ закона о недозволенности недобросовѣстной конкуренціи, или выведеннаго изъ него судебной практикой, должно остановиться передъ областью фирмоваго права“.

Согласно съ этимъ союзный судъ высказалъ слѣдующія замѣчательныя положенія:

1) Если кто желаетъ возбудить искъ на основаніи закона о товарныхъ знакахъ, то долженъ обладать дѣйствительнымъ правомъ на товарный знакъ; того же факта, что данное лицо подвергается недобросовѣстной конкуренціи, недостаточно.

2) Если изъ закона о товарныхъ знакахъ вытекаетъ искъ противъ недобросовѣстной конкуренціи, поскольку управомоченный заявляетъ, что право на товарный знакъ непосредственно не нарушено, но имѣется на лицо недобросовѣстная конкуренція, напр., употребленіе другимъ лицомъ его товарнаго знака, которое не подходитъ подъ дѣйствіе закона о товарныхъ знакахъ, однако наносить ему вредъ,—то въ такомъ случаѣ, естественно, должно быть установлено, имѣетъ ли истецъ право на товарный знакъ; тотъ, кто не имѣетъ права на товарный знакъ, не можетъ утверждать, что имѣется на лицо недобросовѣстная конкуренція, идущая въ разрѣзъ съ его правомъ.

3) Если, наоборотъ, кто либо обосновываетъ свое право не на законъ о товарныхъ знакахъ, а заявляетъ, что недобросовѣстная конкуренція нарушаетъ не право на товарный знакъ, но личное право, и если, онъ, слѣдовательно, возбуждаетъ искъ, исходя не изъ закона о товарныхъ знакахъ, а изъ личнаго права, то принимается во вниманіе не законъ о товарныхъ знакахъ, а общее личное право, а вмѣстѣ съ тѣмъ и § 50 обязательственнаго права.

Все это должно имѣть примѣненіе и въ германскомъ правѣ. (Законъ о товарныхъ знакахъ; §§ 823, 826 гражд. улож.).

§ 21. Къ личнымъ правамъ принадлежитъ и *право на промыселъ*. Пока кто-нибудь не занимается промысломъ, или не выполнилъ условій, необходимыхъ для занятія промысломъ, то обстоятельство, что данное лицо *можетъ* заниматься промысломъ и даже въ самомъ дѣлѣ имъ займется, еще не можетъ доставить ему права

на промыселъ. Возможность заниматься промысломъ есть проявленіе общаго права личности, а составъ послѣдняго законодательство можетъ во всякое время опредѣлить въ новомъ видѣ. Совершенно такъ же, какъ законодатель можетъ дать новыя основанія для образованія акціонерныхъ обществъ, онъ можетъ создать новыя нормы для веденія промышленнаго предпріятія, касающіяся всѣхъ тѣхъ, которые могутъ заняться промысломъ, но до сихъ поръ этого не дѣлали. Здѣсь всегда долженъ приниматься во вниманіе также и моментъ справедливости. Вѣдь возможно, что кандидаты на занятіе промысломъ изучали соотвѣтственный кругъ знаній, имѣя въ виду старый законъ, и теперь должны измѣнить составъ этихъ знаній, и для удовлетворенія требованіямъ новаго закона, вынуждены заняться новымъ, можетъ быть весьма продолжительнымъ изученіемъ. Но здѣсь дѣло только можетъ идти о справедливости, а не о правѣ. И если до сихъ поръ можно было заниматься промысломъ безъ концессіи, одобренія или разрѣшенія, а теперь вдругъ государство требуетъ такого разрѣшенія, то государство этимъ нисколько не вторгается въ права тѣхъ, которые при старомъ правопорядкѣ могли непосредственно заняться промысломъ, но воздѣйствуетъ на то, чтобы эти лица теперь осуществляли свое личное право иначе, чѣмъ они это дѣлали до сихъ поръ.

Иначе обстоитъ дѣло, когда кто-нибудь уже началъ заниматься промысломъ и въ полной мѣрѣ осуществилъ свои полномочія на веденіе того или иного предпріятія. Слѣдствіемъ этого факта будетъ то, что онъ уже не можетъ быть лишенъ права на занятіе этимъ промысломъ, если только имѣютъ мѣсто соотвѣтствующія юридическія предположенія. Вступленіе въ веденіе промышленнаго предпріятія можетъ произойти или безъ исполненія какихъ либо особыхъ условий, такъ какъ заявленіе соотвѣтствующимъ органамъ власти еще не есть выполненіе опредѣленныхъ правовыхъ предположеній занятія промысломъ, или для этого необходимо опредѣленнаго рода содѣйствіе власти, имѣющее разнообразный характеръ. Если предпріятіе нуждается въ сооруженіяхъ, могущихъ быть обременительными или опасными, то необходимо полицейское разрѣшеніе. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуется такъ называемая концессія; въ другихъ снова лишь разрѣшеніе. При концессіи имѣютъ значеніе объективныя и субъективныя соображенія. Для устройства, напр., частной больницы требуется концессія, при предоставленіи которой принимается во вниманіе благонадежность предпринима-

теля, качество помѣщеній, въ которыхъ будутъ лѣчиться больные и, что особенно важно, мѣстоположеніе больничныхъ помѣщеній относительно другихъ помѣщеній и зданій (§ 30 уст. пром.). Здѣсь важны только эти субъективныя и объективныя соображенія, а не вопросъ о потребности въ такого рода учрежденіи и наличности здѣсь добросовѣстной и недобросовѣстной конкуренціи. При разрѣшеніи же, не всегда, но весьма часто, принимается во вниманіе вопросъ о потребности. Напримѣръ, при разрѣшеніи на открытіе гостинницы или питейнаго заведенія. Въ этихъ случаяхъ власти партикулярныхъ государствъ предоставляется установить (или вообще, или для отдѣльныхъ мѣстностей), что разрѣшеніе можетъ быть дано только въ случаѣ существованія потребности въ подобныхъ заведеніяхъ. Съ другой стороны, можетъ быть отказано въ разрѣшеніи на зрѣлища, театральныя представленія, лишенныя особо высокаго интереса, по своему содержанію, когда достаточное число лицъ уже получили разрѣшеніе на ихъ открытіе. То же имѣть мѣсто по отношенію къ закладчикамъ (§ 33, 33а, 34 уст. пром.).

Возможна иная постановка вопроса. Нѣкоторые промыслы не нуждаются въ концессіи, но занимающіеся промысломъ должны имѣть государственную аппробацію, если желаютъ пользоваться извѣстнымъ промышленнымъ званіемъ. Это особенно требуется для отправленія професіи врача, какъ людей, такъ и животныхъ. Только аппробированныя лица пользуются званіемъ врача, хотя врачебная наука доступна для всякаго безъ концессіи и государственнаго испытанія. Исключеніе составляютъ повивальныя бабки (§§ 29, 30 уст. о промышл.).

Если кто началъ на основаніи опредѣленныхъ полномочій заниматься промысломъ или приобрѣлъ на это разрѣшеніе, то для этого лица возникаетъ личное право, — *право на промыселъ*. Такъ какъ это право въ системѣ права, представляется еще мало разработаннымъ, то нужно войти здѣсь въ нѣкоторыя поясненія. Право на промыселъ защищено не только въ томъ отношеніи, что лицо можетъ осуществлять въ сферѣ этого права свою дѣятельность, но и въ томъ, что объективное право предоставляетъ личности опредѣленную сферу дѣятельности. Право на промыселъ приобретается, поэтому, такъ же какъ и раньше, когда покупали правомочіе на занятіе промысломъ, или его приобретали въ качествѣ реального права на промыселъ вмѣстѣ съ поземельнымъ участкомъ. Но нужно отмѣтить и то существенное отличіе, что раньше управомоченія часто предоставлялись съ правомъ отобра-

нія. Они были, правда, благопріобрѣтенными правами, но правами съ отмѣнительнымъ условіемъ. Теперь же, въ большинствѣ случаевъ, это положеніе не имѣетъ мѣста. Германское имперское государственное право высказалось вполне категорично именно въ этомъ смыслѣ (§ 40 уст. пром.). Стремленіе государственнаго права заключается въ томъ, чтобы дать промыслу крѣпкій фундаментъ и сдѣлать его независимымъ отъ усмотрѣнія властей. И если законодательство предусматриваетъ концессию или разрѣшеніе на предпріятіе, то это требуется не только въ интересахъ общества, но, прежде всего, въ интересахъ самихъ лицъ, ведущихъ тѣ или другія промышленныя предпріятія. Благодаря концессіи или разрѣшенію они получаютъ возможность занять при отправленіи своего промысла прочное и независимое положеніе. А потому, гдѣ только возможно, стараются избѣгать концессій, которыя могутъ быть отобраны обратно ¹⁾.

Для субъективнаго промысловаго права являются рѣшающими еще слѣдующіе моменты, вытекающіе изъ постановленій германскаго законодательства:

1. Прежде всего, § 1 раздѣла 2 уст. пром. говоритъ вполне ясно, что тотъ, кто имѣлъ право заниматься опредѣленнымъ промысломъ до вступленія въ силу этого закона, не можетъ быть лишенъ этого права на томъ основаніи, что онъ не удовлетворяетъ требованіямъ этого новаго закона. Вполнѣ справедливо то же положеніе принято и при изданіи добавленій къ уставу о промышленности; постановленія этихъ послѣднихъ также не распространяются на тѣхъ, кто, въ моментъ вступленія въ силу новаго закона, уже занимался на основаніи опредѣленныхъ правомочій своимъ промысломъ; такія лица могутъ вести дальше свое предпріятіе даже и въ томъ случаѣ, если они не выполняютъ всѣхъ требованій, изложенныхъ въ дополненіяхъ къ уст. пром. ²⁾.

2. Прекрасное признаніе промысловаго права содержится въ §§ 51 и 52 уст. пром., гдѣ говорится: „Въ виду преобладающаго

¹⁾ Эта мысль хорошо выражена въ рѣшеніи прусскаго административнаго суда отъ 29 октября 1883 г. (Entscheid. des O.V.G. X, 261 и 263).

²⁾ Такова и постоянная практика прусскаго высшаго административнаго суда (особ. рѣш. 1 мая 1882 г.; 6 окт. 1884 г.; 17 марта 1900 г. см. Entscheid. O.V.G. VIII, 280; XI, 308 и 313; XXXVII, 228, 334; 2 апр. 1898 г. Verwaltungsblatt XIX, 483). Иначе, если дѣло идетъ о простыхъ измѣненіяхъ въ регулированіи; эти послѣднія обязательны для каждаго. Ср. R.G. 17 ноябр. 1887 г. Entsch. Strafs. XVI, 393.

вреда и опасности, можетъ быть во всякое время запрещено дальнейшее пользованіе всякимъ промышленнымъ сооруженіемъ. Однако владѣлецъ его имѣетъ право на возмѣщеніе понесенныхъ отъ того убытковъ“ ¹⁾).

Согласно § 52 это распространяется на всѣ, уже существующія сооруженія съ тѣмъ, конечно, предположеніемъ, что обязанность возмѣщенія убытковъ не можетъ имѣть мѣста, если въ свое время разрѣшеніе было дано съ правомъ отобранія по усмотрѣнію, и если оно, такимъ образомъ, подпадаетъ подъ дѣйствіе отмѣнительнаго условія.

3. Еще болѣе важенъ и опредѣленъ § 53 названнаго устава. Согласно этому параграфу, право на промыселъ, полученное въ силу апробаціи, можетъ быть отмѣнено только тогда, когда 1) основанія выдачи апробаціи оказались ложными, напр., при поддѣлкѣ свидѣтельства о выдержаніи испытанія, и 2) если управомоченное лицо лишено почетныхъ гражданскихъ правъ и на то время, пока лишеніе имѣетъ силу. И то, и другое постановленія оправдываются сами собою: апробація дается при предположеніи подлинности прилагаемыхъ документовъ. А что лицо, лишенное почетныхъ гражданскихъ правъ, не можетъ заниматься промысломъ, есть очень основательное правовое постановленіе, а не умаленіе права.

4. Приобрѣтенныя въ силу концессіи, разрѣшенія и регистраціи права, перечисленныя въ §§ 30, 30а, 32, 33, 34 и 36 уст. пром., могутъ быть отмѣнены, согласно § 53 устава, только въ томъ случаѣ, если ведущее предпріятіе лицо обнаружитъ путемъ дѣйствій или воздержаній отъ дѣйствій недостатки свойствъ, необходимыхъ въ гражданскомъ оборотѣ. Помимо этого органамъ административной власти и здѣсь недозволено въ видѣ дополненія прекратить концессіонированное промышленное предпріятіе, ни предлагать ему новыя условія или налагать дальнѣйшія ограниченія ²⁾).

5. Юридическая природа промысла выясняется еще болѣе въ новыхъ постановленіяхъ закона 21 мая 1900 г. о ходатаяхъ по дѣламъ о привилегіяхъ. Здѣсь стремились къ проведенію весьма

¹⁾ Ср. рѣш. рейхсгер. 12 ноября 1887 г. (Entsch., XIX, 353); 14 окт. 1901 г. (Entsch. 50, 4); Прусскій высшій административный судъ 29 окт. 1883 г., 12 ноября 1891 г. (Entsch. d. O.V.G. X, 261, 271; XXXIII, 255).

²⁾ Ср. Прусскій высшій административный судъ 7 іюня 1879 г. въ Entsch. V, 286.

важнаго нововведенія: ходатаи по дѣламъ о привилегіяхъ составляли раньше промышленный классъ, а по новому закону стали профессиональнымъ классомъ. Тѣмъ не менѣе, на основаніи § 20 закона всѣмъ уже существовавшимъ до его изданія ходатаямъ было разрѣшено дальнѣйшее занятіе своею профессіею, конечно, съ нѣкоторыми условіями, которыя, однако, слѣдуетъ считать лишь регламентирующими. Эти условія заключаются только въ томъ, чтобы дѣятельность ходатаевъ и ихъ поведеніе, какъ въ сферѣ своей профессіи, такъ и внѣ ея, не давали повода для серьезныхъ нареканий, въ случаѣ же возникновенія послѣднихъ рѣшающимъ является судъ по дѣламъ объ оскорбленіи чести, совершенно такъ же, какъ если бы поступки, противные долгу и довѣрію, были совершены подъ дѣйствіемъ новаго закона (§§ 7 и слѣд. закона) ¹⁾.

6. Можетъ возникнуть еще одинъ вопросъ,—о томъ, слѣдуетъ ли предполагать субъективное право на промыселъ и тогда, когда промысломъ можно заниматься безъ всякой концессіи, апробаціи или разрѣшенія. Здѣсь слѣдуетъ дать безусловно положительный отвѣтъ, особенно по отношенію къ тѣмъ случаямъ, гдѣ законъ взамѣнъ системы разрѣшеній установилъ систему свободы предпріятія съ правомъ запрещенія при наличности злоупотребленій. Здѣсь, разъ предпріятіе не запрещено соответствующими органами власти, оно разсматривается въ качествѣ возникшаго съ молчаливаго разрѣшенія. Замѣтимъ также, что промыселъ, не нуждающійся въ концессіи, составляетъ опору существованія челоѣка и требуетъ въ широкомъ объемѣ приспособленій, учреждений и средствъ для оборота, и потому представляется совершенно правильнымъ придать правовой характеръ и подобнаго рода промысламъ совершенно такъ же, какъ если бы они нуждались въ концессіи. Къ этому слѣдуетъ прибавить и то, что вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли промыслу сообщить концессіонный или неконцессіонный характеръ, зависитъ отъ обстоятельствъ, которыя не имѣютъ ничего общаго съ юридической природой промысла. Вопросъ этотъ находится въ связи съ большею или меньшею степенью опасности или возможности злоупотребленій; поэтому и не представляется возможнымъ понять, почему промыселъ, въ которомъ меньше опасности злоупотребленій, долженъ имѣть менѣе правовой характеръ, чѣмъ промыселъ съ большей опасностью; въ этомъ обстоятельствѣ нельзя найти никакого разграничительнаго признака. А потому, если кон-

¹⁾ Ср. Handbuch des Patentrechts, стр. 718 сл.

цессионированный промыселъ является правомъ съ момента полученія концессіи, то и свободный промыселъ долженъ быть признанъ правомъ, если предпріятіе открыто.

7) За все это говорить и то обстоятельство, что можно вести предпріятіе при помощи представителя. Право представителя на юридическія сдѣлки по дѣламъ предпріятія дѣлаетъ такимъ образомъ представителя представителемъ цѣлаго предпріятія, все равно уполномоченнымъ, либо законнымъ представителемъ. Но представительство предполагаетъ юридическую привоуду того, для чего является представительствомъ. Ср. §§ 45, 46 и 47 уст. пром.

8) Сказанное имѣетъ особенное значеніе для веденія страховых предпріятій, согласно германскому закону 12 мая 1901 г. о частномъ страхованіи, поскольку страховыя общества возникли согласно этому закону и добились разрѣшеній, или если они существовали и раньше, но вновь получили разрѣшеніе въ силу новаго закона (§ 95, 96 и 4 закона о частномъ страхованіи). Въ этомъ случаѣ право на промыселъ можетъ быть отмѣнено только въ силу § 67, то есть въ силу основаній, зависящихъ отъ рода и качества предпріятія. Тѣ же общества, которыя не подходятъ подъ новый законъ о частномъ страхованіи, могутъ быть закрыты, если въ свое время разрѣшеніе на ихъ открытіе было дано съ правомъ отобранія (§ 95 закона о частномъ страхованіи). Такія разрѣшенія съ правомъ отобранія теперь, однако, болѣе не допускаются.

Отсюда мы видимъ, что *отправленіе промысла есть право*. Позднѣйшее законодательство можетъ его отмѣнить, какъ и всякое другое право. Но тутъ предъявляется законодателью справедливое требованіе—отмѣнять права со справедливымъ вознагражденіемъ, если нѣтъ особыхъ основаній уничтожить право безъ всякаго возмѣщенія убытковъ. Вознагражденіе было признано необходимымъ выдать частнымъ почтамъ при разширеніи почтовой монополіи закономъ о почтахъ 20 декабря 1899 г., далѣе сахарнымъ фабрикамъ закономъ 7 іюля 1902 г. о сладкихъ веществахъ. Въ этихъ законахъ вполне цѣлесообразно часть вознагражденія была назначена на вознагражденіе служащихъ въ этихъ предпріятіяхъ.

Хотя право на промыселъ и личное право, но оно можетъ перейти на другое лицо; здѣсь личность какъ бы срастается съ реальною вещью. Сюда не относятся дарованныя въ свое время права на промыселъ, обезпеченныя недвижимостью. Дѣло въ томъ, что есть рядъ промысловъ, которые требуютъ существованія спеціальныхъ постоянныхъ сооруженій, и много промысловъ, связанныхъ съ

мѣстными условіями. Когда давали разрѣшенія на такіе промыслы, то, прежде всего, авторизировали сооруженія и учрежденія, и право на промыселъ было правомъ, имѣющимъ въ виду эти сооруженія и учрежденія. Другое лицо могло пріобрѣсти право на промыселъ по отношенію къ этимъ сооруженіямъ только тогда, когда оно вмѣстѣ съ тѣмъ пріобрѣтало и самыя сооруженія. И въ настоящее время еще не исчезли эти старыя реальныя промысловыя права, но теперь дѣло идетъ лишь о мнимой отчуждаемости. Въ дѣйствительности здѣсь отчуждается не промыселъ, но авторизованное сооруженіе, какъ таковое. Что же касается другихъ требованій закона связанныхъ съ личностью промышленника, то они должны быть выполнены, если онъ желаетъ заниматься промысломъ, право на который обезпечено недвижимостью. (§ 48 уст. пром.).

Теперь больше не даютъ такихъ обезпеченныхъ недвижимостью правъ на промыселъ. Но въ германскомъ правѣ до сихъ поръ еще промышленныя сооруженія „утверждаются“ и должны во многихъ случаяхъ утверждаться (§§ 16 сл. уст. пром.). Утвержденное въ такомъ смыслѣ сооруженіе, если только утвержденіе не погашается неупотребленіемъ его (§ 49), можетъ перейти къ новому предпринимателю, при чемъ не требуется вторичнаго утвержденія (§ 25 уст. пром.). Но новый предприниматель долженъ соответствовать всѣмъ условіямъ предъявленнымъ къ личности промышленника уставомъ о промышленности. И здѣсь нѣтъ рѣчи о переходѣ права отъ одного лица къ другому.

Дѣйствительный переходъ права на промыселъ состоитъ слѣдующемъ: промышленное предпріятіе можетъ вести за счетъ вдовы и малолѣтнихъ наслѣдниковъ пригодный для этого дѣла представитель (§ 46 уст. пром.). Совершенно такимъ же образомъ возможно дальнѣйшее веденіе предпріятія во время конкурса ¹⁾.

Это также случай, когда личное право такъ срослось съ промысломъ, что оно переходитъ на близкихъ лицъ, и должно быть предоставлено въ распоряженіе кредиторовъ.

Вотъ все, что слѣдовало сказать о правѣ на промыселъ, какъ о личномъ правѣ. О правѣ на промыселъ, какъ монопольномъ правѣ, мы будемъ говорить впослѣдствіи.

¹⁾ Leitfaden des Konkurs rechts (Aufb.) стр. 241.

в) Персонификація (право представительства).

§ 22. Личное право допускаетъ въ правовой жизни персонификацію, олицетвореніе. Подъ персонификаціей слѣдуетъ понимать такую форму дѣятельности, при которой одно лицо воплощаетъ въ себѣ личность другого. Это сплошь и рядомъ бываетъ въ искусствѣ; на такой персонификаціи зиждется все драматическое искусство. Въ правовой жизни персонификація не доходитъ до того, чтобы одно лицо надѣвало на себя маску другого. Она заключается въ томъ, что одно лицо господствуетъ въ той области, которая составляетъ собственную сферу другого. Слѣдовательно, одно лицо беретъ у другого не его специфическія личныя черты, а лишь его положеніе въ правовой жизни. Это есть *представительство*. О представителяхъ говорятъ, что онъ есть *alter ego* другого, дѣятельность одного отъ имени другого. Представительство основывается на положеніи, которое кто нибудь занимаетъ по отношенію къ чужой правовой области,—на такомъ правовомъ положеніи, въ которомъ которое, съ одной стороны находится личность, а съ другой правовыя отношенія представляемаго. Это правовое положеніе называется также правомъ быть представителемъ другого. Право представительства основывается на *полномочіи*, то есть на личномъ заявленіи того лица, которое должно быть представляемо. Представляемый открываетъ дверь въ область своей собственной правовой жизни и позволяетъ въ послѣднюю вступить другому, который съ этого момента можетъ распоряжаться въ ней по своимъ соображеніямъ. Подобное явленіе можетъ быть создано также и закономъ. Самыми извѣстными примѣрами являются лица, обладающія родительскою, опекуною и попечительскою властью.

Вся эта юридическая конструкція имѣетъ въ себѣ нѣчто необычайно искусственное и потому представляется совершенно непонятной первобытному человѣку, который не можетъ себѣ уяснить дѣйствій отъ имени и въ пользу другого лица. Даже такое развитое право, какъ римское, разработало институтъ представительства весьма слабо; германское право долго страдало тѣмъ же недостаткомъ. Устраненіемъ препятствій, мѣшавшихъ проявленію этой величественной юридической формы, мы обязаны преимущественно церковному праву (воспитанному на воззрѣніяхъ востока) и схоластикѣ. Въ особенности же усвоенію той истины, что одно лицо можетъ проникать въ юридическую сферу другого, помогли изслѣдованія о юридическомъ лицѣ. Всѣ современныя права включить въ свою систему

представительство, и только немногія юридическія сдѣлки не допускають употребленія этой юридической фигуры.

Полномочіе въ жизни врядь ли дается безъ какихъ либо особыхъ соглашеній, заключающихся въ томъ, что на уполномоченнаго возлагаются при пользованіи своимъ полномочіемъ нѣкоторыя обязанности, при чемъ эти обязанности зависятъ отъ того, въ какое положеніе уполномоченный послѣ использованія имъ своихъ полномочій долженъ быть поставленъ къ результатамъ его дѣятельности. Эти обязанности могутъ быть таковы, что уполномоченный долженъ дѣйствовать исключительно въ пользу уполномочившаго, или таковы, что его дѣятельность направляется къ общей пользѣ его и представляемаго имъ лица, или, наконецъ, таковы, что онъ трудится только для себя, но всетаки долженъ держаться извѣстныхъ границъ, поскольку онъ пользуется чужими правами въ свою исключительную пользу. Въ первомъ случаѣ передъ нами порученіе, во второмъ—товарищество; третій случай не представляетъ особой юридической категоріи, однако къ нему, если нѣтъ какихъ либо особыхъ условій, должны примѣняться постановленія, касающіяся порученія. Было большимъ пріобрѣтеніемъ, когда признали единство полномочія по отношенію къ этимъ разнымъ обязанностямъ и, особенно, когда пришли къ тому убѣжденію, что даже въ томъ случаѣ, когда кто-либо въ силу особаго отношенія обязанности не исполнить своего долга и воспользуется своимъ полномочіемъ во вредъ, то, всетаки, полномочіе должно имѣть свои юридическія послѣдствія. Въдѣ если кто неумѣло использовалъ данный ему въ руки инструментъ, то, всетаки, онъ имъ пользовался. Это тѣмъ болѣе важно, что третьи лица, имѣющія сношенія съ представителемъ, не въ состояніи объять цѣликомъ обязательственнаго отношенія, существующаго между представителями и представляемымъ, а руководствуются въ своихъ отношеніяхъ къ представителю даннымъ ему полномочіемъ. Поэтому торговое уложеніе знаетъ рядъ учреждений, гдѣ полномочіе имѣетъ неограниченный объемъ, въ совершенно опредѣленномъ смыслѣ, и широта этого полномочія часто находится въ противорѣчій съ ограниченнымъ объемомъ индивидуальныхъ обязательствъ представителя къ представляемому. Такъ, напри- мѣръ, прокуристъ, поскольку его полномочіе нормируется шаблономъ существующаго закона, остается полноправнымъ представителемъ, даже если употребить во вредъ свое полномочіе и самовольно преступить предписанія хозяина. Подобнаго рода отношенія, при которыхъ уполномоченный остается уполномоченнымъ, даже упо-

требивъ во вредъ свое полномочіе, встрѣчаются довольно часто. Такъ, напримѣръ, если переданъ кому-либо вексель, выданный лишь въ обезпеченіе долга по другому обязательству (Depotwechsel) съ требованіемъ не распоряжаться больше этимъ векселемъ, или если вообще кто-либо дѣлаетъ другого фидуціаромъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ полномочіе имѣетъ болѣе обширный объемъ, чѣмъ обязанности, исходящія изъ взаимнаго отношенія контрагентовъ.

Если такимъ образомъ уясненіе природы полномочія въ отличіе отъ обязательственныхъ отношеній представляемаго и представителя, имѣло важное значеніе, тѣмъ не менѣе его все же не слѣдуетъ переоцѣнивать, какъ это обыкновенно дѣлаютъ. При толкованіи права не слѣдуетъ забывать, что въ жизни врядъ ли бываетъ полномочіе безъ соотвѣствующихъ обязательственныхъ отношеній между участвующими въ немъ лицами. Такъ, напримѣръ, вопросъ о прекращеніи полномочія весьма тѣсно связанъ съ вопросомъ о томъ, какія функціи имѣетъ полномочіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Полномочіе, по общему правилу, подлежитъ отобранію по усмотрѣнію представляемаго лица. Кто не былъ бы въ состояніи отменить полномочіе, данное имъ другому, былъ бы холопомъ, рабомъ. Но изъ этого правила слѣдуетъ сдѣлать исключенія для слѣдующихъ случаевъ: 1) когда полномочіе соотвѣствуетъ договору товарищества и возникающимъ изъ него обязательственнымъ отношеніямъ. Кто имѣетъ полномочіе въ качествѣ товарища на томъ основаніи, что онъ является правителемъ его дѣлъ, у того полномочіе можетъ быть отнято только на основаніи постановленій, опредѣляющихъ порядокъ веденія дѣлъ въ товариществѣ, потому что онъ здѣсь является соучастникомъ товарищества; 2) еще болѣе, когда полномочіе дано въ интересахъ представителя, такъ какъ въ этомъ случаѣ представляемый затрогивается дѣятельностью представителя не въ своей личности, но только въ своихъ интересахъ, лежащихъ въ его правовой области, здѣсь слѣд. имущественной, гдѣ онъ представилъ другому лицу свободу распоряженія. Тотъ, кто даритъ свое имущество, еще не отдаетъ своей личности. Дѣлаетъ это тотъ, кто оставляетъ за собою имущество, какъ таковое, а управленіе имуществомъ передаетъ другому лицу (§ 168 гражд. улож.).

Гражданское уложеніе правильно постановляетъ, что полномочіе, можетъ быть выражено по отношенію какъ къ представителю, такъ и третьему лицу одностороннимъ юридическимъ актомъ. Оно можетъ быть выражено такимъ образомъ по отношенію ко всей пуб-

ликъ путемъ публикаціи, по отношенію къ третьимъ лицамъ оно можетъ быть выражено черезъ довѣренность, если представителю при этомъ вручается документъ, дающій право на представительство. Благодаря этому по отношенію ко всякой *incerta persona* объявляется полномочіе, носителемъ котораго является лицо, указанное въ документѣ ¹⁾. Этого, конечно, не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что разъ данное полномочіе возобновляется каждый разъ при предъявленіи его новому лицу, а только въ томъ смыслѣ, что полномочіе, сообщенное при составленіи и передачѣ документа, вызываетъ все новые эффекты по отношенію къ лицамъ, которымъ довѣренность предъявляется, и которыя дѣйствуютъ на ея основаніи. Такой способъ выдачи полномочія представляетъ собою безусловно крупную опасность, такъ какъ прекращеніе полномочія здѣсь очень затруднено. Потому что прекратить полномочіе можно только по отношенію къ тому лицу, которому оно было обращено. Но благодаря довѣренности полномочіе въ своемъ дѣйствиіи переходитъ отъ одного лица къ другому. Оно дѣйствуетъ прежде, чѣмъ довѣритель узнаетъ этихъ лицъ, и прежде, чѣмъ онъ можетъ уничтожить полномочіе путемъ его отобранія. Въ видѣ средства выхода изъ этого положенія гражданское уложеніе прибѣгло къ заявленію объ уничтоженіи довѣренности (*Kraftloserklärung*); это заявленіе дѣлается довѣрителемъ въ формѣ частнаго заявленія, а потомъ публикуется судомъ на основаніи правилъ о вызовѣ отвѣтчика судомъ черезъ публикацію. Въ этомъ порядкѣ тотъ недостатокъ, что, благодаря возможности такого заявленія объ уничтоженіи довѣренности, она много теряетъ въ своей силѣ. Но здѣсь же надо принять во вниманіе, что заявленіе объ уничтоженіи довѣренности дѣйствительно по истеченіи мѣсяца со дня послѣдняго припечатанія публикаціи въ вѣдомостяхъ. Этимъ сила заключенныхъ на основаніи полномочія сдѣлокъ обезпечивается, если полномочіе дано недавно, и еще не протекло мѣсячнаго срока со дня публикаціи (§ 176 гражд. улож.).

Впрочемъ, допускается всякое другое заявленіе о недѣйствительности полномочія, но только тогда, когда третье лицо, которое

¹⁾ Гражд. улож. говоритъ о *заявленіи* (*Erklärung*) и *извѣщеніи* (*Kundgebung*) о полномочіи, §§ 167, 170, 171; между этими словами нѣтъ юридическаго различія. Не существуетъ препятствій къ тому, чтобы я могъ сдѣлать заявленіе по отношенію ко многимъ лицамъ и въ разное время.

уполномочено, знаетъ объ этомъ заявленіи, или прикидывается, что не знаетъ, хотя должно знать (§ 173 гражд. улож.).

Книга вторая.

Права на вещи.

1. Производное право, установленное въ интересахъ поддержанія мира и порядка.

§ 23. Конструкція владѣнія въ гражданскомъ уложеніи проведена не по шаблонному пути, гдѣ обыкновенно идетъ рѣчь о *corpus* и *animus*; эта послѣдняя характеристика владѣнія была плодомъ схоластики XIX столѣтія. Владѣніе вещью на лицо тогда, когда совпадаютъ два момента обладанія: индивидуальный и социальный. Социальный моментъ состоитъ въ томъ, что обладатель вступаетъ въ такое отношеніе къ ней, въ силу котораго окружающіе его люди проникаются уваженіемъ установившейся связи между лицомъ и вещью; разрывъ этой связи со стороны третьихъ лицъ начинается имъ казаться нарушеніемъ всеобщаго мира и порядка. Къ этому социальному моменту, однако, долженъ присоединиться еще моментъ индивидуальный. Въ силу послѣдняго владѣніе вещью существуетъ лишь тогда, когда лицо, въ сферу господства котораго попала вещь, не отклоняетъ отъ себя той связи, которая вышеуказаннымъ образомъ охраняется социальными отношеніями. Такое отклоненіе можетъ произойти или безъ всякихъ дальнѣйшихъ дѣйствій, или же только путемъ вмѣшательства въ фактическое положеніе вещей. Послѣднее имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда вещь вступила со мною въ столь тѣсное отношеніе, что оно не можетъ быть уничтожено безъ фактическаго вмѣшательства моей личности; напр.: вещь засунута ко мнѣ въ карманъ, какой нибудь предметъ положенъ въ ящикъ моего письменнаго стола, въ потайную шкатулку или въ какое-нибудь другое помѣщеніе, предназначенное для храненія. Въ этихъ случаяхъ я безъ всякихъ дальнѣйшихъ дѣйствій становлюсь владѣльцемъ, и, если я не хочу вещи, то я долженъ уничтожить это близкое отношеніе. Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло тогда, когда отношеніе установлено не такимъ образомъ. Когда что-нибудь, хотя и попадаетъ въ предѣлы моего дома или въ сферу моего воздѣйствія, но такъ, что оно можетъ быть изъято отъ меня безъ фактическаго вмѣшательства моей личности. Въ такомъ слу-

чаѣ имѣть силу слѣдующее: я владѣю вещью, если я хочу ею владѣть, но только при этомъ условіи. Эту волю я могу объявить заранѣе, напр., я обозначаю мой письменный столъ, какъ мѣсто, куда слѣдуетъ класть принесенныя письма; или я разъ навсегда отдаю распоряженіе относить въ переднюю или на кухню тѣ предметы, которые доставляетъ торговецъ съѣстными припасами. Наоборотъ, если такая воля заранѣе или впослѣдствіи не выражена, то пѣтъ и пріобрѣтенія владѣнія; его пѣтъ напр. тогда, когда кто-нибудь оставилъ свою шляпу внутри моего дома, или кто-нибудь посторонній пользуется моимъ погребомъ, чтобы тамъ нѣкоторое время хранить похищаемыя имъ вещи.

Въ этомъ соединеніи соціальнаго и индивидуальнаго моментовъ и состоитъ трудность ученія. Индивидуальный моментъ естественно получаетъ особенное значеніе тогда, когда дѣло идетъ о какомъ-нибудь земельномъ участкѣ, который не можетъ, подобно движимой вещи, вступить въ непосредственное соприкосновеніе со мною и моей домашней обстановкой. Тутъ воля владѣть вещью для себя должна получить особое выраженіе. Воля можетъ выразиться здѣсь не только въ проявленіи по отношенію къ вещи тѣхъ или иныхъ дѣйствій, но и во всякой другой соціальной дѣятельности: въ томъ, что я публично, напр., путемъ записи въ вотчинной книгѣ, заявляю, что хочу владѣть вещью для себя.

Огромное значеніе института владѣнія состоитъ въ слѣдующемъ: никто не управомоченъ самоуправно нарушить состояніе владѣнія даже тогда, когда онъ имѣетъ лучшее право. Если лицо, имѣющее лучшее право, находитъ, что состояніе владѣнія не соответствуетъ праву, то его дѣло осуществить свое право съ помощью государства. Въ этомъ заключается вся основа защиты владѣнія. Понятно, поэтому, само собой, что владѣніе есть право, но право не въ пользу управомоченнаго, какъ обыкновенныя субъективныя права, а право, установленное для поддержанія всеобщаго мира, право, которое каждый имѣетъ какъ бы въ качествѣ повѣреннаго государства, въ качествѣ управомоченнаго послѣднимъ защитника мира и порядка. Этимъ объясняется тотъ фактъ, что владѣльцами признаются и воръ, и недобросовѣстный владѣлецъ, — что и тотъ, и другой одинаково пользуются владѣльческой защитой. Государство и порядокъ не могли бы существовать, еслибы владѣлецъ не имѣлъ защиты независимо отъ основанія владѣнія. Воръ — личность въ другихъ отношеніяхъ общественно вредная, но въ данномъ случаѣ онъ выступаетъ представителемъ государственнаго ми-

ра и порядка. Такъ объясняется само собою и то, что владѣніе можетъ пріобрѣтать лицо совершенно недѣеспособное, потому что и недѣеспособное лицо является сочленомъ мирнаго порядка, и вторженіе въ его сферу тоже нарушило бы этотъ мирный порядокъ. Допускать, что пріобрѣтать владѣніе можетъ только дѣеспособный, противорѣчило бы основамъ института владѣнія. Отсюда понятно и то, что можно владѣть даже частями вещи, отдѣльными помѣщеніями, даже поверхностью стѣны (напр., когда ее нанимаютъ для наклейки афишъ), хотя собственность на такіа составныя части невозможна (§ 865 гражд. улож.). Право, установленное во имя мира и порядка, опредѣляется другими основаніями, чѣмъ индивидуальное право человѣческихъ интересовъ (Ср. *Колеръ*, Введеніе въ науку права, русск. пер., стр. 48 и сл.).

Но элементъ воли при владѣніи пріобрѣтаетъ особенное значеніе еще и въ слѣдующемъ случаѣ: нерѣдко между двумя лицами устанавливаются отношенія такого рода, что одно лицо обладаетъ вещью, признавая въ то же время исполнѣ, что она принадлежитъ другому. Можно было бы въ этомъ случаѣ предоставить владѣніе только обладателю, а за другимъ сохранить лишь его право; но это было бы большой несправедливостью. Не говоря уже о томъ, что было бы чрезвычайно несправедливо допустить, если бы давность въ этомъ случаѣ текла не въ пользу этого другого, — слѣдуетъ обратить вниманіе въ особенности на слѣдующее: и лицу, обладающему самостоятельнымъ правомъ на вещь, необходимо дать правомочіе защищать вещь противъ нарушенія владѣнія со стороны третьихъ лицъ; нельзя предоставить ему лишь полагаться въ этомъ отношеніи только на добрую волю обладателя. Это исполнѣ признавало и римское право, но оно при этомъ впало въ противоположную крайность, когда взяло изъ рукъ обладателя владѣльческую защиту и превратило его въ простого держателя. По римскому праву были простыми держателями и не имѣли собственной владѣльческой защиты наниматель и арендаторъ, которымъ, однако, въ силу необходимости пришлось всетаки потомъ дать разныя окольные права защиты, какъ *interdictum quod vi aut clam* и *actio legis Aquiliae utilis*. Это былъ неудачный способъ разрѣшенія вопроса. Создавшаяся такимъ путемъ конструкція владѣнія, впрочемъ, и въ римскомъ правѣ не была исполнѣ проведена послѣдовательно. Для удовлетворенія жизненныхъ потребностей скоро нашли выходъ въ такъ называемомъ *производномъ владѣніи*. Такое производное владѣніе было признано за провинціальнымъ собственникомъ, который, по

общему правилу, не могъ имѣть настоящаго владѣнія, такъ какъ за нимъ принципиально отрицалось право собственности на провинціальныя земли,—за эмпитевтомъ и суперфициаріемъ и, въ особенности, за кредиторомъ по ручному залогу. Въ другихъ случаяхъ, какъ напр. при узуфруктѣ, нашли выходъ въ искусственной конструкции *владѣнія правомъ* (*possessio juris*). Вся эта система страдаетъ крайней искусственностью, въ высшей степени непоследовательна и вредно отражается на серьезныхъ интересахъ. Трудно понять, какъ въ такой конструкции могли, со временъ Савиньи, видѣть высоту ученія о правѣ владѣнія. Истина заключается въ томъ, что въ приведенныхъ случаяхъ являются владѣльцами какъ владѣющій въ силу своего права, такъ и владѣющій отъ чужого имени, т. е. какъ тотъ, который владѣетъ на основаніи своего права собственности, такъ и тотъ, который владѣетъ на основаніи права собственности другого: два владѣльца, которые солидарными силами выступаютъ противъ третьихъ лицъ и только по отношенію другъ къ другу не могутъ дѣйствовать, какъ владѣльцы, такъ какъ тутъ владѣніе противостоитъ владѣнію, и въ такомъ случаѣ вопросъ рѣшается только право.

Гражданское уложеніе построило свой взглядъ на владѣніе путемъ восполненія римскаго права владѣнія элементами нѣмецкой *Gewere*, признавъ владѣніе также и за вышеуказанными обладателями: нанимателемъ, арендаторомъ и лицомъ, которому вещь дана на храненіе. Такимъ образомъ оно пришло къ двоякому владѣнію, къ владѣнію въ силу своего права и владѣнію отъ чужого имени, къ *посредственному* и *непосредственному* владѣнію (§ 868).

Нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что въ уложеніе принята эта, съ виду очень запутанная, система; жизненные отношенія сами собою приведутъ къ тому, что владѣніе въ силу своего права и владѣніе отъ чужого имени выступаютъ во вѣ въ своемъ истинномъ видѣ. Въ особенности въ отношеніи къ найму и арендѣ каждый признаетъ какъ то, что наниматель и арендаторъ хотятъ быть господами въ своей области, такъ и то, что они хотятъ быть господами, признавая въ то же время вполнѣ права собственника. То же самое имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда кто-нибудь отдалъ въ ссуду вещь или получилъ вещь въ качествѣ ручного залога; то же самое можно сказать о пользователѣ въ отношеніяхъ семейной жизни, связываемыхъ съ правомъ пользованія: и то, и другое достаточно ясно выступаетъ наружу въ положеніи супруга и носителя родительской власти; каждый знаетъ, что супругъ

имѣть право владѣнія, каждый знаетъ также, что объекты его права владѣнія могутъ быть и часто бываютъ собственностью жены, вслѣдствіе чего то мужъ пріобрѣтаетъ ихъ для владѣнія жены, то жена для владѣнія мужа.

Отсюда вытекаетъ то заключеніе, что и посредственный владѣлецъ долженъ имѣть право самозащиты противъ третьихъ лицъ; далѣе: и посредственный владѣлецъ долженъ имѣть владѣльческій искъ противъ третьихъ лицъ. Первое положеніе сильно оспаривается и буквально въ гражданскомъ уложеніи не высказано.—но несомнѣнно должно быть признано; напротивъ, послѣднее положеніе буквально высказано въ § 869. Самозащита владѣльца вытекаетъ изъ основъ, на которыхъ покоится порядокъ мира. Никто не долженъ терпѣть нарушенія своего владѣнія, а если дѣлаются попытки къ такому нарушенію, то владѣлецъ можетъ защищать себя противъ нихъ. Поэтому, насколько самоуправство съ одной стороны считается противорѣчіемъ мирному порядку, настолько же самозащита другой стороны является выводомъ и слѣдствіемъ этого самаго мирнаго порядка. Въ этомъ именно и заключается существенная черта владѣнія: кто является владѣльцемъ, тотъ имѣетъ право защищаться (§§ 227, 859). Впрочемъ, германское право сдѣлало изъ этого положенія еще дальнѣйшій выводъ, согласно которому даже въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ уже вытѣсненъ изъ владѣнія, онъ все таки можетъ еще защищаться, если только онъ это дѣлаетъ немедленно, такъ что лишеніе владѣнія и обратное его полученіе можно считать какъ бы однимъ происшествіемъ, которое слѣдуетъ разсматривать такъ, какъ еслибы владѣніе никогда не было потеряно. Не слѣдуетъ преувеличивать значенія времени въ правѣ настолько, чтобы признавать основное значеніе за короткимъ мгновеньемъ потери владѣнія, несмотря на то, что оно осталось безъ вліянія на хозяйственное положеніе. Еще болѣе эта мысль проводится въ правѣ, поскольку дѣло идетъ объ искомомъ осуществленіи владѣнія. Здѣсь господствуетъ положеніе, что, по существу дѣла, каждый лишенный владѣнія можетъ требовать его восстановленія; но это не относится къ тому случаю, когда лишенный владѣнія самъ со своей стороны менѣе года тому назадъ лишилъ владѣнія отвѣтника: въ этомъ случаѣ отвѣтникъ защищенъ противъ этого владѣльческаго иска такимъ образомъ, что онъ можетъ потребовать продолженія своего владѣнія. Несомнѣнно, что и тутъ лишеніе владѣнія и восстановленіе его разсматривается такъ, какъ если бы лишенія никогда не было (§ 861).

Владѣлецъ имѣетъ право не только противъ того, кто лишилъ его владѣнія, но и противъ того, кто ему наслѣдовалъ, и противъ того, кто отъ него приобрѣлъ съ сознаниемъ, что его владѣніе покоится на лишеніи владѣнія другого, т. е. на запрещенномъ самоуправствѣ. Поэтому, поскольку дѣло идетъ о немедленномъ требованіи обратнаго возвращенія отнятой вещи, самозащита можетъ быть направлена и противъ того, кто съ такимъ сознаниемъ получилъ вещь отъ похитителя владѣнія; напр., въ то время, какъ я спѣшу за своей вещью, преслѣдуемый быстро передалъ ее другому; то же самое естественно относится и къ владѣльческому иску. Это важное основное положеніе германскаго права; отсюда вытекаетъ право преслѣдованія и противъ правопереемника, который знаетъ о порочности владѣнія; послѣдній въ такомъ случаѣ тоже порочный владѣлецъ (§ 858).

Не является владѣльческимъ искомъ мое притязаніе противъ того, въ чьей сферѣ находится моя вещь, если онъ невиновенъ въ лишеніи владѣнія. Такъ напримѣръ тогда, когда моя вещь вырвана у меня силою природы и заброшена въ область другого. Если это лицо возьметъ вещь во владѣніе, то противъ него уже невозможно притязаніе на владѣніе, потому что оно не похититель владѣнія, а взяло себѣ вещь уже послѣ того, какъ она была выхвачена изъ сферы моего господства. Тутъ можетъ быть дано притязаніе по § 1005 гражд. улож. Но если оно еще вещи во владѣніе не взяло, то я имѣю право требовать, чтобы мнѣ дана была возможность получить ее обратно, и ради этого я имѣю такъ называемое право уноса вещи, т. е. правомочіе для этой цѣли вступитъ въ кругъ его господства. Такимъ образомъ правовой порядокъ мира даетъ въ этомъ случаѣ въ силу права преслѣдованія правомочіе вступать на чужіе участки. Это право можетъ быть также вытекать изъ субъективнаго управомоченія (§§ 1005 и 962 гражд. улож.), оно есть притязаніе на правовую помощь, подобное праву §§ 809 и слѣд. гражд. улож., и должно разсматриваться соотвѣтственно съ этимъ.

2. Самостоятельныя права на вещи.

§ 24. Граница между *вещнымъ и обязательственнымъ правомъ* проведена въ гражданскомъ уложеніи достаточно рѣзко. Но, конечно, имѣются и посредствующія звенья, напр. наемъ и аренда. Въ существѣ своемъ они, конечно, относятся къ области обязательствен-

наго права, но при извѣстныхъ обстоятельствахъ они получаютъ свойство правъ съ притязаніями противъ всякаго правопереемника, по крайней мѣрѣ тогда, когда дѣло идетъ о наймѣ и арендѣ земельныхъ участковъ, жилыхъ помѣщеній и просто помѣщеній, и эти вещи и помѣщенія были предоставлены нанимателямъ и арендаторамъ. Сюда же относятся: право противъ всякаго правопереемника, въ томъ числѣ и противъ другихъ лицъ, которыя заступаютъ мѣсто наймодателя, а также и противъ собственника, если отдавалъ въ наемъ пользователю; противъ жены, если мужъ отдалъ въ наемъ внесенное въ бракъ имущество жены,—противъ подназначенныхъ наслѣдниковъ, если въ наемъ отдавалъ предшествующій наслѣдникъ (§§ 1056, 1423, 1663, 2135 гражд. улож.)—все съ извѣстными оговорками (ср. также § 57 зак. о принуд. исполн.). Въ этомъ обязательственномъ правѣ противъ всякаго правопереемника чувствуется значительное приближеніе въ сторону вещнаго права. Конечно, различіе все еще остается принципиальнымъ, потому что при вещномъ правѣ имѣется налицо непосредственное отношеніе управомоченнаго къ вещи, а при правѣ противъ всякаго правопереемника дано только обязательственное притязаніе на передачу или на какое-нибудь другое удовлетвореніе, притязаніе, направленное противъ личности любого правопереемника. Уже римское право знало подобные типы, въ частности такъ называемую *actio quod metus causa*; еще свойственнѣе этотъ типъ германскому праву. Такимъ образомъ и конструированы въ гражданскомъ уложеніи наемъ и аренда; ибо наниматель и арендаторъ получаютъ право противъ всякаго правопереемника ихъ наймодателя и арендодателя по отношенію ко всякаго рода дѣйствіямъ, къ которымъ въ соотвѣтствующее время обязаны ихъ наймодатель и арендодатель. Большихъ правъ они не получаютъ, вещныхъ правомочій они не имѣютъ. Если бы они ихъ имѣли, они могли бы выступать и противъ третьихъ лицъ, напр. противъ того, кто строительными сооружениями вторгается въ право арендодателя, потому что въ то же время онъ препятствуетъ осуществленію права нанимателя. Но этого нѣтъ. Да и было бы совершенно нецѣлесообразно связать съ правомъ найма подобное расширеніе въ сторону третьихъ лицъ и этимъ предоставить нанимателю вмѣшиваться въ свободное самоопредѣленіе наймодателя по отношенію къ своимъ сосѣдямъ.

Особенно важнымъ случаемъ этого права противъ всякаго правопереемника было въ германскомъ правѣ такъ называемое *jus*

ad rem, которое, какъ извѣстно, имѣло долгое развитіе и въ частности примыкаетъ къ нѣкоторымъ римскимъ положеніямъ въ ученіи о павліановомъ искѣ; *jus ad rem*, по которому покупатель, хотя бы онъ еще и не сталъ собственникомъ, все же имѣетъ обязательственное право требованія не только противъ продавца, но и противъ третьяго лица, которое приобрѣло отъ продавца вещь съ сознаниемъ того, что вещь уже продана.

Гражданское уложеніе въ цѣломъ этого *jus ad rem* не восприняло. Если кто-нибудь продалъ одну и ту же (движимую) вещь, подъ рядъ двумъ лицамъ; то во многихъ случаяхъ собственникомъ дѣлается первый покупатель, если только имѣется налицо такъ называемое *constitutum possessorium*, о чемъ скоро (§ 30) будетъ рѣчь. Если этого нѣтъ, то собственникомъ дѣлается тотъ, кому вещь первому была передана въ собственность, хотя бы онъ былъ вторымъ покупателемъ. Это опасно. Поскольку дѣло идетъ о земельныхъ участкахъ, эта опасность уничтожается тѣмъ, что тотъ, кто управомоченъ требовать такой передачи, можетъ путемъ такъ называемой предварительной отмѣтки, т. е. путемъ записи въ вотчинную книгу, обезпечить себѣ право противъ всякаго правопреемника; такая предварительная отмѣтка можетъ быть сдѣлана и для другихъ цѣлей, напр. когда кто-нибудь удерживаетъ за собой право обратной купли или тогда, когда кто-нибудь заставляетъ дать себѣ обѣщаніе въ томъ, что собственникъ участка при извѣстныхъ обстоятельствахъ предоставитъ или отмѣнитъ опредѣленное вещное право, напр. на поземельный сервитутъ. Такъ по § 883 гражд. улож. Такимъ образомъ проложенъ мостъ къ вещному праву ¹⁾.

Иное имѣетъ мѣсто при движимыхъ вещахъ. Поэтому, если кто-нибудь продалъ А. вещь, но еще, не перенесъ на него права собственности, то этотъ первый покупатель не можетъ выступать съ *jus ad rem* противъ третьяго лица, которое вторично купило вещь послѣ него. Необходимо, однако, допустить слѣдующее: если это третье лицо приобретаетъ съ сознаниемъ того, что дѣло идетъ

¹⁾ Предварительная отмѣтка даетъ такимъ образомъ *actio in rem scripta*; она принципиально отличается отъ ипотеки. Поэтому, если отъ предварительной отмѣтки послѣдуетъ отреченіе, то имѣніе становится отъ нея свободнымъ, при чемъ не возникаетъ права собственника участка, соответствующаго праву ипотеки надъ своей-же собственностью, ср. также §§ 886 слѣд., 1169 гражд. улож. и рѣш. камергерихта 11 іюля 1902, *Mugdan V*, стр. 390.

не о томъ, чтобы удовлетворить перваго покупателя правомѣрнымъ способомъ, а именно о томъ, чтобы лишить его притязанія, то первый покупатель имѣетъ противъ этого третьяго лица искъ по § 826 гражд. улож., потому что это поступокъ, противный добрымъ правамъ. Такимъ путемъ первый можетъ получить обратно вещь. Но § 826 гражд. улож. обусловливаетъ это право наличностью нарушенія добросовѣстности, требуемой въ гражданскомъ оборотѣ; поэтому иначе будетъ обстоять дѣло, если третье лицо въ моментъ купли ничего не знало о правѣ перваго покупателя или полагало, что первый покупатель не будетъ настаивать на выдачѣ вещи или будетъ правомѣрно удовлетворенъ какимъ-нибудь другимъ образомъ.

§ 25. Германское различіе между *недвижимымъ* и *движимымъ имуществомъ* въ гражданскомъ уложеніи получило особенно полное выраженіе. Недвижимое имущество характеризуется вотчинной книгой. Отдѣльныя юридическія сдѣлки, которыя касаются вещныхъ правъ на земельные участки, должны, для дѣйствительности ихъ вещнаго характера, быть внесены въ вотчинную книгу. Сюда должны быть записаны сдѣлки, касающіяся собственности, поземельныхъ сервитутовъ, а также и всѣ сдѣлки касающіяся всѣхъ видовъ правъ, имѣющихъ своимъ предметомъ цѣнность вещи. Благодаря этому образовалось въ то же время и представленіе, что давность можетъ играть во всѣхъ этихъ случаяхъ рѣшающую роль только въ качествѣ книжной давности, т. е. только какъ давность съ помощью вотчинной книги. Для собственности на земельные участки она имѣетъ значеніе только тогда, когда кто нибудь записанъ въ вотчинную книгу и владѣетъ вещь. Въ этомъ случаѣ давность можетъ создать право собственности, если къ этому не привело еще внесеніе въ вотчинную книгу. И наоборотъ, погашеніе права въ вотчинной книгѣ, поскольку оно еще не влечетъ за собою погашенія самого права, можетъ уничтожить это право тѣмъ, что періодъ такого состоянія продолжится опредѣленный промежутокъ времени. На дѣлѣ мы въ обоихъ случаяхъ имѣемъ особый видъ давности—то приобрѣтательной, то погасительной, или книжную приобрѣтательную давность и книжную погасительную давность (§§ 900, 901 гражд. улож.). Помимо этого по отношенію къ собственности имѣется еще только одинъ случай приобрѣтательной давности на основаніи вызывнаго производства по § 927 гражд. улож., а по отношенію къ поземельнымъ сервитутамъ погасительная давность, въ силу которой въ случаѣ возведенія на служебномъ участкѣ сооруженія, препятствующаго осу-

ществленію сервитутнаго права, напр. зданія, выстроеннаго на дорогѣ, служащей предметомъ сервитута, или дымовой трубы, обременяющей сосѣднее зданіе, имѣетъ мѣсто погашеніе давностью въ той мѣрѣ, въ какой сооруженіе сдѣлало невозможнымъ осуществленіе сервитута (§§ 927 и 1028 гражд. улож.).

Во многихъ мѣстахъ вотчинныя книги существовали еще при прежней системѣ, въ остальныхъ приходится заводить ихъ заново. Благодаря этому въ тѣхъ областяхъ, гдѣ дѣйствовали прусскіе уставъ вотчинныхъ книгъ и законъ о приобрѣтеніи собственности, переходъ къ новому порядку произошелъ самъ собой, въ другихъ же судебныхъ округахъ потребуется еще работа многихъ лѣтъ.

Во всемъ, что касается вотчинныхъ книгъ и заключаемыхъ съ ихъ помощью сдѣлокъ, руководящимъ является Вотчинный уставъ (Grundbuchordnung) отъ 4 марта 1897 (20 августа 1898). Вотчинныя книги ведутся вотчинными установленіями: въ Пруссіи это низшіе суды, въ остальныхъ областяхъ общинныя управленія. Книги ведутся по реальному началу: каждое имѣніе имѣетъ свой листъ въ вотчинной книгѣ. По общему правилу записи производятся только по заявленію заинтересованныхъ лицъ. Но большей частью, требуется согласіе этихъ лицъ. Однако, если въ послѣдствіи обнаружена неправильность въ записи, изъ этого правила допускается исключенія ¹⁾. Заявленія должны быть совершены публичнымъ порядкомъ или засвидѣтельствованы такимъ порядкомъ; для послѣдующихъ записей необходимо представленіе совершенныхъ публичнымъ порядкомъ документовъ (§§ 22, 29 вотч. уст.)

Нѣкоторые земельные участки могутъ быть и незаносимы въ вотчинную книгу; таковы напр. участки казны и публичныхъ юридическихъ лицъ, публичныя дороги, воды, участки состоящіе подъ публичными

¹⁾ По § 27 вотчин. уст. ипотека можетъ быть погашена только съ согласіемъ собственника. Это понятно, поскольку погашеніемъ ипотеки затрогиваются интересы собственника. По германск. гражд. улож. покрытая ипотека превращается въ ипотеку собственника, поэтому въ томъ случаѣ, когда желаютъ погасить ее совсѣмъ, требуется согласіе собственника (ср. § 1179, 1183 гражд. улож.). Это соображеніе не относится къ совокупной ипотека, такъ какъ здѣсь тенденція гражд. улож., направленная противъ совокупной ипотеки, приводитъ къ тому, что отказъ отъ ипотеки на одинъ изъ участковъ, приводитъ къ ея погашенію, поскольку она относится къ этому участку (§ 1175). И всетаки верховный судъ находитъ (Mugdan III стр. 225, IV стр. 318), что, на основаніи § 27 вотч. уст., для погашенія ипотеки и въ этомъ случаѣ необходимо согласіе собственника. Это неправильное толкованіе, основанное лишь на буквѣ, а не на смыслѣ закона.

путями сообщенія, принадлежащія владѣтельнымъ князьямъ, и тому подобныя. Эти участки получаютъ листъ въ вотчинной книгѣ только по особому заявленію, что имѣетъ очень важное значеніе, такъ какъ преимущественно поземельныя сервитуты, устанавливаемые на публичныхъ путяхъ сообщенія, напр. права прокладки газопроводныхъ трубъ или электрическихъ сооружений, приобрѣтаются безъ вотчинныхъ книгъ. Способы приобрѣтенія опредѣляются мѣстными законами (ст. 127, 128 закона о введеніи въ дѣйствіе); ср. напр. прусскій законъ о вступленіи въ силу гражд. улож.; ст. 27, баварскій ст. 83 и слѣд. ¹⁾).

Поскольку существуетъ вотчинная книга, всѣ гражданско-правовыя юридическія дѣлки, влекущія за собою приобрѣтеніе или потерю вещныхъ правъ на земельные участки, должны быть внесены въ эти книги. Однако бываютъ такія юридическія событія, которыя вызываютъ измѣненіе въ вещныхъ отношеніяхъ и безъ внесенія въ книги. Сюда относятся, въ особенности, переходъ имущества по наслѣдству, установленіе брачной общности имущества, передача въ порядкѣ принудительнаго взыскапія (§ 90 закона о принуд. взыск.), принудительное отчужденіе (напр. § 44 прусскаго закона о принуд. отчужд.). Въ этихъ случаяхъ управомоченный имѣетъ, конечно, право требовать внесенія въ книгу, но внесеніе имѣетъ здѣсь значеніе не акта приобрѣтенія правъ, а лишь ихъ регистраціи и укрѣпленія. Значеніе она, во всякомъ случаѣ, имѣетъ, отчасти въ силу § 892, о которомъ сейчасъ будетъ идти рѣчь, отчасти въ силу другихъ основаній; такъ напр. принудительное взысканіе можетъ быть направлено только противъ того, кто самъ или его наслѣдодатель были записаны въ вотчинную книгу, какъ собственники (§ 17 зак. о принудит. взыск.), и, наоборотъ, оно можетъ быть правомѣрно направлено противъ всякаго, кто записанъ собственникомъ (§ 1148 гражд. улож.). Точно такъ же, въ силу § 40 вотчин. уст., всякій можетъ требовать внесенія въ книгу измѣненія или передачи своего права только тогда, когда онъ самъ внесенъ въ книгу.

Записи въ вотчинной книгѣ подлежатъ опредѣленному порядку старшинства. Старшинство опредѣляется постепеннымъ порядкомъ внесенія записей, а порядокъ внесенія записей порядкомъ заявлений (§§ 17 и 18 вотч. уст.). Это имѣетъ силу не только при опре-

¹⁾ О дѣлкахъ этого рода, въ частности съ газовыми заведеніями ср. мою статью въ Z. f. bürgerl. u. französisch Recht, XXXII, стр. 47 и сл.

дѣленіи отношеній отдѣльныхъ ипотекъ между собой, но и при установленіи отношеній между ипотеками и поземельными сервитутами. Старшинство можетъ, однако, быть измѣнено съ согласія участниковъ; если дѣло идетъ объ ипотекахъ и подобныхъ правахъ, то требуется согласіе собственника (§§ 879 и 880). Основанія этого будутъ выяснены ниже.

Особенную важность имѣетъ то, что называютъ *публичной второй* вотчинныхъ книгъ. Въ этомъ отношеніи имѣютъ примѣненіе слѣдующія положенія: 1) въ интересахъ записаннаго предполагается, что его правомочія соотвѣтствуютъ записи ¹⁾; 2) кто на основаніи вотчинной книги приобрѣтаетъ по гражданско-правовой юридической сдѣлкѣ, тотъ приобрѣтаетъ по этой сдѣлкѣ такъ, какъ онъ приобрѣлъ бы, если бы въ вотчинной книгѣ все было правильно, при условіи, что онъ дѣйствовалъ bona fide, т. е. не зналъ о неправильности вотчинной книги. Само собою разумѣется, что вотчинная книга не всегда бываетъ правильна, ибо съ одной стороны все человѣческое подвержено ошибкамъ, а съ другой происходитъ множество юридическихъ событій, которыя, какъ это показано выше, имѣютъ юридическое значеніе и независимо отъ вотчинной книги; благодаря имъ, происходятъ измѣненія въ правахъ безъ внесенія записей о нихъ, а въ силу этого и старыя записи становятся невѣрными. Однако, несмотря на это, тотъ, кто добросовѣстно приобрѣтаетъ на основаніи такой вотчинной книги, получаетъ соотвѣтствующія правомочія: онъ получаетъ такимъ образомъ право, соотвѣтствующее тому, которое, при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ, получаетъ добросовѣстный приобрѣтатель движимыхъ вещей. Здѣсь проведена основная мысль, получившая развитіе въ германскомъ правѣ, въ противоположность римскому, а именно та, что возможны случаи, когда добросовѣстный приобрѣтатель приобрѣтаетъ больше правъ, чѣмъ ихъ имѣлъ его предшественникъ.

Чтобы избѣжать такихъ неблагоприятныхъ послѣдствій, управомоченный, во вредъ которому существуетъ неправильная запись, можетъ не требовать не только исправленія записи, но также (въ качествѣ временнаго распоряженія) занесенія въ книгу возраженія противъ записанныхъ въ книгу фактовъ, и это возраженіе имѣетъ то значеніе, что со времени его совершенія становится уже невозможнымъ добросовѣстное приобрѣтеніе въ вышеуказанномъ смыслѣ. Ср. §§ 892, 894, 899, 902 гражд. улож.

¹⁾ Это имѣетъ процессуальное значеніе.

Многія мѣстныя законодательства, въ томъ числѣ и прусское право, знаютъ еще одинъ очень своеобразный способъ прекращенія вещныхъ правъ на земельные участки: это—погашеніе права въ силу такъ называемаго *засвидѣтельствованія неубыточности* (Unschädlichkeitszeugniss). Именно, не рѣдко отъ большого имѣнія отрѣзываются полосы, и за нихъ дается извѣстное возмѣщеніе. Очень часто эти отрѣзанныя полосы обременены какими нибудь вещными повинностями, а можетъ быть на нихъ лежитъ и связанность, вытекающая изъ обладанія имуществомъ въ качествѣ лена или фидеикоммисса, которыя легли бы на участокъ, отъ котораго отпали указанные полосы, тяжелымъ бременемъ. Въ такомъ случаѣ соотвѣтственное учрежденіе можетъ постановить, что достаточно того возмѣщенія, которое дано за отрѣзанный кусокъ, и что вѣчно-управомоченному такой обмѣнъ вреда не приноситъ; на основаніи такого постановленія можетъ тогда быть погашено вещное право. Такого рода засвидѣтельствованіе неубыточности признано напр. въ Пруссіи, законами 3 марта 1850 г., 27 іюня 1860 г., 15 іюля 1890 г., а теперь еще точнѣе регулировано въ прусскомъ законѣ о введеніи въ дѣйствіе вотчиннаго устава, назв. уст. ст. 20; законъ о введеніи въ дѣйствіе гражд. улож. ст. 120 допускаетъ такого рода способъ погашенія. Ср. также прусск. зак. о вступленіи въ силу гражд. улож., ст. 19.

§ 26. Къ правомочіямъ, вытекающимъ изъ права пользованія земельной собственностью, принадлежитъ также *право постройки* на земельномъ участкѣ зданій; это правомочіе, но правомочіе, связанное съ извѣстными условіями и при томъ такими, которыя должны быть выполнены какъ разъ въ тотъ моментъ, когда желаютъ строить. Поэтому до начала постройки обыкновенно нельзя сказать, что кто-нибудь имѣетъ право постройки въ качествѣ права благопріобрѣтеннаго. Но это состояніе, которое, не можетъ быть вполнѣ выдержано, ибо очень часто имѣнія покупаются именно ради будущихъ построекъ, и тотчасъ-же начинаются приготовленія къ нимъ. Но такое колеблющееся состояніе было бы чрезвычайно вредно для народнаго хозяйства. Новѣйшія законодательства, поэтому, пришли на помощь и при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ возвышаютъ правомочіе строить до уровня благопріобрѣтеннаго права. Тутъ имѣетъ значеніе слѣдующее.

Поскольку дѣло касается городскихъ сооружений, исходятъ изъ того, что дома должны строиться въ опредѣленномъ порядкѣ, такъ какъ только въ такомъ случаѣ обеспечиваются красота, удобство,

безопасность: такъ назыв. строительный порядокъ, соотвѣтствующій порядку улицъ. Новые законы болѣе или менѣе опредѣляли этотъ порядокъ въ томъ смыслѣ, что послѣ извѣстныхъ предварительныхъ приготовленій, въ особенности послѣ того, какъ припаты во вниманіе всѣ потребности, и участникамъ дана была возможность высказать свои предположенія и соображенія, устанавливается такъ называемый порядокъ застройки улицъ. Очень часто, напр. въ прусскомъ законѣ о порядкѣ улицъ отъ 2-го іюля 1875 г. § 13 цифра 3, дѣйствуетъ положеніе, что, какъ только установленъ профиль улицы, возникаетъ благопріобрѣтенное право, такъ что можно требовать возмѣщенія убытковъ, если порядокъ построекъ позднѣе измѣняется [Ср. рѣш. рейхсгерихта 14 апрѣля 1888 года; (сб. рѣш. XXI стр. 212) 27 марта 1889 г. (XXIII стр. 283) 8 іюля 1891 г. (XXVIII стр. 275) 5 ноября 1898 г. (XLII стр. 287)].

Конечно, право должно быть еще болѣе пезыблемымъ послѣ того, какъ не только установленъ строительный порядокъ, но уже воздвигнуты зданія. Поэтому является всеобщимъ правовымъ убѣжденіемъ, что, если позднѣе, при перепланировкѣ улицъ, въ частности при поднятіи или пониженіи уровня ихъ, стануть необходимыми строительныя измѣненія въ строеніяхъ, то общины и государства, которыя предпринимають эти измѣненія, должны въ соотвѣтственной мѣрѣ возмѣстить убытки. Въ этомъ смыслѣ рейхсгерихтъ высказался 8 марта 1882 г. (рѣш. VII стр. 213), 13 февраля 1883 г. (рѣш. X стр. 271), 18 апрѣля 1899 г. (рѣш. XLIV стр. 282 и здѣсь цитированные), а также и французская литература и практика ¹⁾.

Вышеприведенныя положенія относятся къ праву постройки; но еще болѣе они касаются способа, которымъ нужно строить: ибо, если право строить установлено то этимъ еще ничего не сказано о томъ, какимъ образомъ должна идти стройка. Для этого существуютъ и должны существовать строительные уставы, съ постановленіями о способѣ стройки, которыя имѣють въ виду без-

¹⁾ Таково постановленіе ст. 18 баденскаго закона о мѣстныхъ улицахъ отъ 11 марта 1868 г., которое гласитъ буквально слѣдующее: „если измѣняется высота мѣстной улицы, то общины или обязанные къ прокладкѣ улицы лица должны на свой счетъ произвести необходимыя измѣненія въ проѣздахъ и проходахъ прилегающихъ недвижимостей, поскольку эти послѣднія не повышаются въ своей цѣнности благодаря этимъ измѣненіямъ, а при измѣненіяхъ въ строеніяхъ кромѣ того дать вознагражденіе за пониженіе цѣнности, если таковое наступитъ“.

опасность жизни, безопасность собственности, а также красоту улицъ. Всеобщимъ распространіемъ пользуется система, по которой должны быть изготовлены планы строеній, подлежащіе затѣмъ одобренію со стороны власти, а затѣмъ готовое зданіе осматривается и одобряется властью, иначе жительство въ немъ не допускается ¹⁾.

Совѣмъ особыя постановленія дѣйствуютъ въ этомъ отношеніи по промышленному уставу, когда дѣло идетъ о промышленныхъ сооруженіяхъ, которыя при извѣстныхъ обстоятельствахъ могутъ принести вредъ или обремененіе публикѣ, о чемъ уже шла рѣчь выше.

§ 27. Собственность, въ частности и поземельная собственность, подлежитъ многимъ такъ называемымъ *ограниченіямъ собственности*. Здѣсь произвольное пользованіе, вещь, предоставленное личности въ силу его права собственности, сталкивается съ социальными потребностями права и хозяйства, откуда и происходитъ необходимость ея ограниченія и регулированія.

Къ необходимымъ ограниченіямъ собственности принадлежитъ возможность *принудительнаго отчужденія*, которое раньше называли экспроприаціей. Послѣдняя развилась въ средніе вѣка изъ *dominium eminens* императора и владѣтельныхъ князей; особенное значеніе при этомъ придавалось одному мѣсту римскихъ источниковъ, именно l. 9 de lege Rhod. de jactu 14, 2, гдѣ императоръ говоритъ: *ego sum dominus mundi* ²⁾. Къ этому присоединились городскія права ³⁾. Позднѣе ясно установили необходимость принудительнаго отчужденія горные законы, а XVIII и XIX столѣтія дали цѣлый рядъ постановленій объ экспроприаціяхъ, причемъ въ конституціяхъ обыкновенно постановляется (напр. въ прусской

¹⁾ Въ Пруссіи дѣйствуетъ еще общее земское право I 8 §§ 65 и сл., затѣмъ существуютъ строительные законы въ самыхъ разнообразныхъ областяхъ Ср. объ этомъ мою статью въ Arch. f. b. R., IX Стр. 80 и сл.

²⁾ Это латинскій переводъ вульгаты; самый огривокъ написанъ по гречески.

³⁾ Такъ статуты Chianciano за 1287 ст. 292 (Ed. Fumi p. 142) гласятъ *Quicumque habet aliquam possessionem intra bannitas comunis Clanziani, teneatur ipsam comuni vendere ad existimationem duorum massariorum super hoc per potestatem et consilium generale positorum, et qui nollet vendere, compellatur personaliter ad vendendum*. Флорентійскій, 1415 III 93 постановляетъ, что если кто имѣетъ *fortalitia* въ *castrum*, то онъ долженъ отчудить ихъ городу *pro precio quod videbitur sex officialibus popularibus*. Папы издавали распоряженія объ экспроприаціяхъ для дорогъ и публичныхъ зданій, такъ Сикстъ VI 30 іюня 1480, Григорій XIII 1 октября 1574 (Bullarum Fd. Taurin, V p. 273 f., VIII p. 89).

конституции ст. 9), что принудительное отчужденіе можетъ быть совершено только за полное вознагражденіе. Кромѣ множества отдѣльных мѣстныхъ законовъ, въ которыхъ говорится объ отчужденіи, и цѣлаго ряда особыхъ имперскихъ законовъ этого рода, во многихъ областяхъ дѣйствуютъ общіе законы объ отчужденіи; такъ прусскій отъ 11 іюня 1874 г., баварскій отъ 17 ноября 1837 года, баденскій отъ 28 августа 1835 г. и т. д. Основная мысль этихъ законовъ состоитъ въ томъ, что въ случаѣ необходимости, именно, когда дѣло идетъ о важныхъ новыхъ сооруженіяхъ, въ особенности о сооруженіяхъ, необходимыхъ для устройства путей сообщенія,—на первомъ планѣ стоялъ вопросъ о постройкѣ желѣзныхъ дорогъ,—опредѣленное государственное учрежденіе можетъ постановить, что должно быть произведено принудительное отчужденіе; на этомъ основаніи производится самое отчужденіе съ назначеніемъ соотвѣтствующаго вознагражденія, причемъ, однако, предоставляется возможность опредѣленія размѣра вознагражденія судебнымъ путемъ. Вознагражденіе должно быть полнымъ; въ частности, въ томъ случаѣ, когда, какъ это часто бываетъ, отчуждается лишь часть земельного участка, должно быть принято во вниманіе, что и осталая часть можетъ потерять долю своей цѣнности или даже быть вовсе обезцѣненной. Не принимается во вниманіе вызванное самимъ предпріятіемъ общее повышеніе цѣнности земельного участка; не принимается далѣе во вниманіе, если, благодаря предпріятію, оставшаяся часть подвергнута привудительному отчужденію участка испытаетъ особенное возростаніе цѣнности: ибо убытокъ вызванъ отчужденіемъ, а не предпріятіемъ, ради котораго было произведено отчужденіе, и нѣтъ поэтому необходимой связи между убыткомъ, съ одной стороны, и повышеніемъ цѣнности,—съ другой. Поэтому повышеніе цѣнности, которое наступаетъ отъ того, что по близости, напр., приходитъ желѣзная дорога, стоитъ въ связи не съ отчужденіемъ, а съ совершенно отличными отъ него фактами, и если, поэтому, одна половина земельного участка была отчуждена для постройки желѣзной дороги, то нельзя зачесть въ вознагражденіе то, что оставшійся кусокъ выигралъ въ своей цѣнности благодаря проведенію желѣзной дороги.

Особыя постановленія содержатъ какъ другіе имперскіе законы, такъ въ частности *районный законъ* 21 декабря 1871 г. объ окрестностяхъ крѣпостей. Здѣсь принудительное отчужденіе состоитъ не въ томъ, что собственность отнимается, а въ томъ, что на землю

налагаются нѣкоторыя обремененія, такъ, напр., запрещается въ извѣстномъ разстояніи отъ крѣпости (районѣ) воздвигать зданія на участкѣ или допускается строить ихъ только съ извѣстными ограниченіями. Различаются три района съ обремененіями различной силы въ зависимости отъ большей или меньшей близости къ крѣпости. Степень обремененія опредѣляетъ здѣсь особая коммисія, причемъ каждому району соответствуетъ различное вознагражденіе, которое состоитъ въ рентѣ, но по волѣ управомоченнаго, въ случаѣ сильнаго пониженія цѣнности его участка, можетъ состоять и въ капиталѣ (§ 36). Другіе виды подобнаго рода вознагражденія за лишеніе или нарушеніе правъ собственности въ интересахъ общественнаго блага устанавливаетъ напр. законъ о чумѣ на рогатый скотъ 7 апрѣля 1869 г. § 3, законъ о скотскихъ падежахъ 1880 и 1894 г.г., законъ о борьбѣ съ общепасными болѣзнями 30 іюня 1900 г. §§ 29 и слѣд.

Особыя ограниченія права земельной собственности требуются въ интересахъ *лѣсной культуры*. Поддержаніе лѣсовъ въ извѣстномъ состояніи является необходимымъ средствомъ для сохраненія благопріятныхъ климатическихъ условій, и въ частности для предупрежденія наводненій. Энергичное вмѣшательство въ этомъ отношеніи тѣмъ болѣе необходимо, что вырубка лѣсовъ—по крайней мѣрѣ быстрая—очень часто представляетъ большія выгоды и нерѣдко вызываетъ соблазнъ, такъ что одно поколѣніе часто наноситъ чувствительный вредъ всѣмъ будущимъ. Охраненіе лѣсовъ предоставлено мѣстнымъ законодательствамъ. Для этой цѣли уже издавна существуетъ цѣлый рядъ законовъ; въ Пруссіи имѣется законъ 6 іюля 1875 года, затѣмъ законы объ общинныхъ лѣсахъ и наконецъ постановленія о томъ, что можно образовывать лѣсныя товарищества такого рода, что большинство участниковъ можетъ вынуждать меньшинство къ принятію необходимыхъ, въ интересахъ сохраненія лѣсовъ, мѣръ.

Эта послѣдняя система нашла свое примѣненіе еще и въ другомъ видѣ, именно въ интересахъ производства соединенія и округленія отдѣльныхъ земельныхъ участковъ.

При раздѣлѣ земли очень часто создавались невыносимыя отношенія. Цѣлый рядъ собственниковъ отрѣзывались напр. отъ общей улицы и могли добить себѣ выходъ на нее лишь путемъ установленія обременительныхъ сервитутовъ, или же участки получали крайне неудобную форму. Раньше, когда земля была общей, этому злу помогали время отъ времени новыми передѣлами. Въ

XIX столѣтій, когда земля уже давно стала частной собственностью, изданы законы, по которымъ долженъ быть произведенъ передѣлъ, если его постановили опредѣленнымъ большинствомъ голосовъ земельные собственники извѣстной общины. Въ Германіи существуетъ много такихъ законовъ, напр. прусскій законъ 2 апрѣля 1872 года, законъ для рейнскихъ провинцій 24 мая 1885 г., баварскій законъ объ округленіи 10 ноября 1861 г. и др.

Важное ограниченіе права собственности состоитъ въ томъ, что предписывается сохранять остатки древности и произведенія искусства, обладающія исторической цѣнностью для человѣчества. Поэтому уже съ давнихъ временъ дѣйствуетъ правило, по которому всякій, кто сталъ собственникомъ подобныхъ предметовъ, долженъ ихъ охранять и не отнимать у культуры. Особенно интересные законы этого рода изданы были въ свое время папами, отъ папы Павла II въ 1462 г. и до знаменитаго editto Расса въ 1820 году. Въ различныхъ культурныхъ государствахъ существуютъ также законы поваго времени, напр. французскій законъ 1887 г. и цѣлый рядъ распоряженій и предписаній въ нѣмецкихъ государствахъ ¹⁾. Основная внутренняя мысль этихъ законовъ вполне разумна и здрава. Красоты, которые создалъ человѣческій духъ, не должны быть отняты у человѣчества; интересы цѣлаго должны въ этомъ случаѣ одержать верхъ надъ правомъ отдѣльной личности. То обстоятельство, что прежнія времена не проявили здѣсь достаточно энергичнаго вмѣшательства, является причиною того, что для насъ потеряно такъ безконечно много прекраснаго. Достоинъ вниманія тотъ фактъ, что въ старое время не только безучастно смотрѣли на уничтоженіе древностей, но въ какомъ то иконоборческомъ порывѣ прямо требовали его. Это происходило не только въ Турціи, но и въ самой Италіи ²⁾. Было бы однако

¹⁾ Въ недавнее время, напр., гессенскій законъ 16 іюля 1902 г. объ охранѣ памятниковъ.

²⁾ Слѣдуетъ, впрочемъ, сказать, что старыя зданія часто были опасны для жизни. Но все-таки интересно, что распоряженіе Беренгара отъ 895 г. (въ Valerini, Belezze di Verona 1586 p. 24) постановляетъ, что каждый имѣетъ право снести разваливающееся зданіе: *ubicumque edificium aliquod publicum parti pertinens minatur ruinam aut alicui videtur, ut in ruinam eiusdem quomodocunque sit damnum futurum, liceat eis . . . absque ulla publicae partis ofensione ipsum edificium usque ad firmum evertere...* Естественно, что съ этого времени все сходило за разваливающееся и изъ квадратныхъ камней Агены былъ вырванъ кругомъ весь Brà.

необходимо издать постановленія такого рода, чтобы собственникъ подобныхъ предметовъ не имѣлъ права совершенно запираить ихъ и скрывать отъ интересующейся искусствомъ публики. Въ этомъ отношеніи все еще недостаетъ энергичныхъ нормъ. Всего нѣсколько лѣтъ тому назадъ можно было наблюдать печальное зрѣлище, какъ Фарнезина въ теченіе годовъ была отнята у человѣчества, а правовой порядокъ не зналъ средства, которымъ бы можно было это предотвратить ¹⁾.

Все это относится къ красотамъ, созданнымъ искусствомъ; но новѣйшее законодательство позаботилось и о природныхъ красотахъ и издало постановленія, по которымъ можно запретить опошлять выдающіяся по своему ландшафту мѣстности рекламными изображеніями и т. п., таковъ напр. прусскій законъ отъ 2-го іюня 1902 г., любекскій строительный уставъ 1903 г. и др.

§ 28. Закономѣрное отношеніе земельного собственника къ его сосѣдямъ составляетъ одно изъ главнѣйшихъ условий пользованія земельной собственностью. Отсюда происходятъ *сосѣдскія права*. Въ гражданскомъ уложеніи эти права развиты чрезвычайно неполно, и мѣстнымъ законодательствамъ въ этой области предоставленъ во многихъ отношеніяхъ большой просторъ. Однако имѣются отдѣльныя постановленія, которыя регулируютъ сосѣдскія отношенія. Сюда принадлежитъ въ особенности воспрещеніе раскопки земли въ слишкомъ большой близости къ участку сосѣда (§ 909 гражд. улож.). Это воспрещеніе понятно само собой, такъ какъ каждый земельный собственникъ имѣетъ часть все той же единой земли и долженъ поэтому отказаться отъ всякаго такого обращенія со своей частью, которое отняло бы у земли сосѣда необходимую поддержку и необходимую опору: единство земли, въ противовѣсъ раздробленности права собственности на нее, выступаетъ здѣсь съ большой силой.

Особенное значеніе имѣетъ знаменитое постановленіе о перевѣшиваніи вѣтвей и паденія различныхъ предметовъ на землю сосѣда. Собственникъ сосѣдняго участка можетъ обрѣзать и удерживать себѣ перевѣшивающіяся на его участокъ вѣтви, если собственникъ дерева не уберетъ ихъ въ теченіе установленнаго срока, при условіи, однако, что онѣ не находятся на такой высотѣ, съ которой онѣ

¹⁾ Ср. Arch. f. bürgerl. R. IX стр. 56 и сл. Въ послѣднее время проектируются законы объ исключительномъ правѣ государства на находки древностей.

ему не причиняютъ никакого вреда. Въ этомъ случаѣ сосѣдѣ имѣетъ право приобрѣтенія собственности (подобное праву добросовѣстнаго владѣльца на плоды), но такъ, что собственность на вѣтви приобрѣтается только съ приобрѣтеніемъ владѣнія и при указанномъ выше условіи (§ 910). Еще важнѣе право на плоды, которые падаютъ на сосѣдній участокъ. Съ того момента, какъ они коснутся сосѣднаго участка, они становятся собственностью сосѣда. Они становятся и остаются его собственностью, поскольку силы природы, напр. порывъ вѣтра не перегонитъ ихъ снова на другой участокъ, такъ, что въ концѣ концовъ собственникомъ плодовъ становится собственникъ того участка, на поверхности котораго находятся плоды. Основная мысль вполне германская; она покоится на положеніи, что земельный собственникъ долженъ одинаково терпѣть какъ добро, такъ и зло, причиняемое ему растеніями сосѣда. Поэтому § 911 не можетъ быть примѣненъ къ тому случаю, когда силы природы или недозволенное дѣйствіе третьяго лица перегоняютъ плоды (Angrisz); онъ не можетъ быть примѣненъ и тогда, когда при сборѣ плодовъ на землю сосѣда падаютъ отдѣльныя штуки, развѣ только собственникъ дерева не пожелаетъ получить ихъ обратно, а оставить на сосѣднемъ участкѣ.

Еще болѣе важныя положенія права сосѣдства касаются того *промежутка*, который слѣдуетъ соблюдать между строеніемъ и сосѣднимъ имѣніемъ, *вышины*, которой можетъ достигать зданіе вблизи границы, *оконъ* и другихъ сооружений для свѣта, которыя можно соорудить недалеко отъ сосѣднаго имѣнія. Всѣ эти сосѣдскія отношенія весьма разнообразны въ различныхъ провинціяхъ Германіи; поэтому гражданское уложеніе затруднялось провести здѣсь однообразныя нормы (ст. 124 зак. о введ. въ дѣйств.). Въ этомъ отношеніи остаются въ силѣ, мѣстные законы, представляющіе въ этомъ отношеніи большое разнообразіе. Въ обычаяхъ, гдѣ дѣйствовало прусское земское право, господствуетъ, напр., еще постановленіе сѣдой старины, по которой сосѣди при опредѣленныхъ обстоятельствахъ имѣютъ право любоваться небомъ изъ оконъ нижняго этажа; отсюда требованіе, чтобы оставался незастроеннымъ такой промежутокъ, который далъ бы возможность смотрѣть на небо! ¹⁾

¹⁾ Если зданіе существуетъ уже 10 лѣтъ, то существуетъ право разсматривать небо изъ оконъ нижняго этажа, при условіи что свѣтъ въ комнату попадаетъ только съ этой стороны; въ противномъ случаѣ изъ оконъ втораго этажа. Прус. земск. пр. I 8 § 2 142, 143.

Въ прирейнскихъ странахъ дѣйствуютъ гораздо болѣе практичныя постановленія на основѣ метрической системы, въ свое время введенныя Code civile.

Льготы сосѣдскихъ правъ заключаются въ томъ, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ допускается *застройка* земли сосѣда, иными словами допускается, чтобы строеніе сосѣда перешло въ наши предѣлы. Это постановленіе германскаго гражданскаго уложенія составляетъ весьма гуманное и цѣлесообразное смягченіе строгости права собственности. Необходимымъ условіемъ этого дозволенія является, однако, то требованіе, чтобы застройка совершилась безъ умысла и грубаго небреженія, и чтобы сосѣдъ въ свое время не заявилъ противъ нея протеста. Потерпѣвшій убытокъ сосѣдъ вознаграждается рентой (вотчинная повинность), но можетъ также потребовать, чтобы застроенная земля была у него взята въ собственность за возмѣщеніе, соотвѣтствующее ея цѣнности (§§ 912—916 гражд. улож.).

Другая льгота сосѣдскихъ правъ состоитъ въ установленной въ очень большой древности обязанности сосѣда дать временную дорогу (§§ 917 и сл. гражд. улож.) и др. Все это особенности германскаго юридическаго воззрѣнія¹⁾.

§ 29. *Движимыя вещи*, никому не принадлежащія, приобрѣтаются путемъ *овладѣнія*, т. е. путемъ захвата владѣнія, сопровождаемаго намѣреніемъ присоединить вещь къ своему имуществу. Въ пандектномъ правѣ этотъ способъ приобрѣтенія назывался *оккупацией*. Германское уложеніе установило, однако, слѣдующія важныя ограниченія для такого приобрѣтенія. Если овладѣніе стоитъ въ противорѣчій съ исключительнымъ правомъ оккупации кого нибудь другого, то овладѣвающий не дѣлается собственникомъ; но и управомоченный на оккупацию не дѣлается благодаря этому собственникомъ, а вещь просто остается безъ собственника. Такъ, напр. застрѣленный браконьеромъ заяцъ можетъ оставаться ничьимъ, пока онъ какимъ нибудь инымъ способомъ не попадетъ въ собственность какому нибудь добросовѣстному приобрѣтателю. Часто возбуждался вопросъ о томъ, подлежитъ ли наказанію тотъ, кто украдетъ такого зайца у браконьера? Нѣтъ, однако, сомнѣнія, что

¹⁾ Ср. городскія права Chianciano (1287) ст. 137, Modena (1327) IV 49, Carpi (1353) p. 54, Ravenna (15 столѣт.) II 14 p. 115 Gradara (1552) ст. 57 (Collez. Marchigiana III p. 31).

тутъ имѣется налицо вторженіе въ право оккупациі (охоты)¹⁾. По отношенію къ недвижимымъ вещамъ гражданское уложеніе не допускаетъ права овладѣнія за частными лицами и предоставляетъ только государству, въ случаѣ, если прежній собственникъ отказывается отъ своего права, право взять себѣ земельный участокъ и приобрести его въ собственность, путемъ распоряженія о записи его, государства, собственникомъ этого участка въ вотчинной книгѣ.

Важнымъ способомъ приобретенія права собственности на движимыя вещи является *переработка*. Кто перерабатываетъ чужой матеріалъ такимъ образомъ, что получится совершенно иная вещь, тотъ приобретаетъ эту вещь въ собственность, если только цѣнность работы не слишкомъ низка въ сравненіи съ цѣнностью матеріала (§ 950 гражд. улож.). Въ настоящее время подобнаго рода переработки совершаются главнымъ образомъ лицами, составляющими служебный персоналъ даннаго хозяина, слѣд. въ особенности фабричными рабочими. Здѣсь имѣетъ силу то основное положеніе, по которому въ томъ случаѣ, если лицо, совершившее переработку, являлось представителемъ хозяина, то собственность приобретаетъ хозяинъ предпріятія. Дѣятельность людей, находящихся въ услуженіи, въ кругу ихъ служебныхъ обязанностей всегда разсматривается какъ дѣятельность представителей, почему и результаты ея принадлежатъ хозяину²⁾. Подобнымъ же образомъ дѣйствуетъ въ качествѣ представителя и тотъ, кто взялъ на себя производство изысканій для какой нибудь фабрики, чтобы тѣмъ содѣйствовать усовершенствованію фабричнаго производства, такъ напр. фабричный химикъ. Приобретеніе носить представительный характеръ до тѣхъ поръ, пока представитель не заявитъ, что онъ не желаетъ больше дѣйствовать подобнымъ образомъ. Само собою разумѣется, что такимъ заявленіемъ можетъ быть совершенно нарушеніе договора; но въ такомъ случаѣ хозяинъ получаетъ право на прекращеніе договора и возмѣщеніе убытковъ (§ 950).

Однимъ изъ основныхъ положеній національнаго германскаго права является то, что *лицо, нашедшее движимую вещь*, при извѣст-

¹⁾ Ср. также рѣш. рейхсгерихта отъ 23 января 1903 г. въ *Goldd. Arch.* 50, 132.

²⁾ Конечно рѣшающимъ здѣсь является служебное отношеніе, а не внутренняя воля этихъ лицъ. Это я доказалъ еще задолго до Rümelin'a (*Arch. f. civ. Prax.* Bd 93 стр. 282) въ моемъ болѣе старомъ сочиненіи о патентномъ правѣ стр. 59 сл. Теперь еще въ *Handb. des Patentrechts*, стр. 234.

ныхъ обстоятельствахъ дѣлается ея собственникомъ, а, затѣмъ, что оно, при всякихъ обстоятельствахъ, имѣетъ право на вознагражденіе за находку ¹⁾). Эту мысль проводить и гражданское уложеніе въ томъ постановленіи, въ силу котораго приобрѣтеніе собственности можетъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, если нашедшее вещь лицо дѣйствовало съ полной добросовѣстностью, въ особенности же сдѣлало всѣ пужныя заявленія, и если, несмотря на это, въ теченіе опредѣленнаго времени (года) не появился никто изъ управомоченныхъ на полученіе найденной вещи. Однако и послѣ того, какъ нашедшее вещь лицо сдѣлалось подобнымъ путемъ собственникомъ вещи, за потерявшимъ вещь признается еще притязаніе изъ неправоуѣрнаго обогащенія, хотя только въ теченіе трехъ лѣтъ. Вознагражденіе за находку равняется 5% съ вещей стоимостью до 300 марокъ, а свыше—1%.

Эти положенія, въ общемъ весьма здравыя, конструированы въ гражданскомъ уложеніи чрезвычайно педантично и неудобопонятно. Въ особенности слѣдуетъ признать правильнымъ постановленіе, согласно которому за лицомъ, нашедшимъ вещь, не признается правъ на находку, если вещь потеряна въ учрежденіяхъ путей сообщенія или въ присутственномъ мѣстѣ. Это привело бы къ постоянному приобрѣтенію собственности тѣми лицами, которыя обязаны подметать комнаты или убирать вагоны. Напротивъ соответствующее присутственное мѣсто должно имѣть, по истеченіи опредѣленнаго промежутка времени, право продажи вещи съ аукціона, причемъ потерявшій имѣетъ въ теченіе трехъ лѣтъ право требовать передачи ему вырученной суммы, какъ поступившей въ качествѣ неправоуѣрнаго обогащенія. Послѣ трехъ лѣтъ эта сумма предоставляется присутственному мѣсту (§§ 965—983).

§ 30. Въ производныхъ способахъ приобрѣтенія движимыхъ вещей въ уложеніи, повидимому, господствуетъ *система передачи* или *традиціонная система*, т. е. система, по которой собственность и вещное право приобрѣтаются не простымъ договоромъ (соглашеніемъ), а только передачей владѣнія. Но я уже въ другомъ мѣстѣ доказалъ, что эта мысль въ гражданскомъ уложеніи допускаетъ столько исключеній, что въ концѣ концовъ получилось скорѣе нѣчто прямо противоположное. Мы можемъ смѣло сказать, что въ дѣйствительности гражданское уложеніе усвоило систему

¹⁾ Статуты Pistoja (1296), 111, 145 опредѣляютъ вознагражденіе за находку въ 10%.

приобрѣтенія собственности путемъ простаго договора. Потому что, во 1-хъ, въ немъ, какъ и въ римскомъ правѣ, допускается *brevis manu traditio*, на основаніи которой передача замѣняется простымъ договоромъ, т. е. простымъ соглашеніемъ, если приобретатель уже имѣетъ непосредственное владѣніе вещью, напр. въ качествѣ нанимателя или ссудопринимателя; во 2-хъ, если непосредственное владѣніе имѣетъ собственникъ, то передача можетъ быть замѣнена соглашеніемъ о переводѣ владѣнія, *constitutum possessorium*. Это замѣчательная юридическая форма, достигшая своего высшаго развитія въ нѣмецкомъ средневѣковомъ правѣ и почти забытая въ концѣ 18 и началѣ 19 столѣтія. Она состоитъ въ томъ, что владѣющій собственникъ заявляетъ, что онъ желаетъ продолжать владѣть вещью, но уже не отъ своего имени, а отъ имени приобретателя, такъ что приобретатель дѣлается посредственнымъ владѣльцемъ своего, а онъ непосредственнымъ владѣльцемъ чужого. Въ такомъ видѣ мы встрѣчаемъ ее въ безчисленныхъ документахъ, гдѣ собственникъ отчуждаетъ свой участокъ *reservato usufructu* или *deducto usufructu*, причемъ самый узупфруктъ часто продолжался только недѣлю, день или даже только одинъ часъ ¹⁾. Правда для такого переноса владѣнія по гражданскому уложенію необходима наличность юридическаго отношенія, въ силу котораго приобретатель вступаетъ въ посредственное владѣніе вещью (§ 930); однако, съ одной стороны, посредственное владѣніе вообще невозможно безъ такого юридическаго отношенія, а съ другой стороны законъ не требуетъ и не можетъ требовать, чтобы это юридическое отношеніе было дѣйствительнымъ. Поэтому въ частности возможенъ *constitutum possessorium* въ томъ случаѣ, когда стороны согласятся въ томъ, чтобы отчуждатель продолжалъ владѣть вещью, какъ хранитель; такимъ образомъ и въ тѣхъ безчисленныхъ случаяхъ, когда оставляютъ вещь у отчуждателя съ просьбой наблюдать за ней еще нѣкоторое время (§ 930 гражд. улож.). Въ 3-хъ, если отчуждатель имѣетъ только посредственное владѣніе, то, по точному тексту гражданского уло-

¹⁾ Ср. объ этомъ *Zwölf Studien zum B.G.B. I*, стр. 265 сл. Какъ часто практиковался *constitutum possessorium*, это мы видимъ изъ формулъ, приведенныхъ у *Durantis Spec. II part. 2 de instr. edit § porro: licet per usufructus retentionem intelligatur facta traditio, nihilominus tamen me tuo nomine pro eis ad maiorem cautelam constituo possidere, donec ipsius rei possessionem acceperit corporalem*. О *constitut'ѣ* въ Англійи ср. *Bracton II 18*; о *constitut'ѣ* въ индійскомъ правѣ ср. случаи у *Tupper, Punjab Customs III p. 216* (гдѣ передающій собственность продолжаетъ далѣе владѣть въ качествѣ нанимателя).

женія, собственность передается путем уступки притязанія против непосредственного владѣльца. Уступка притязанія является только другимъ выраженіемъ для соглашенія или простого договора. Такъ, напр., если я отдалъ въ наемъ лошадь, то я могу ее продать и передать покупателю путем простого договора. Въ этомъ случаѣ пріобрѣтатель получаетъ владѣніе и собственность. Точно также можетъ быть установленъ подобнымъ образомъ и ручной залогъ, но здѣсь требуется еще кое-что, а именно увѣдомленіе непосредственного владѣльца (§§ 870, 931, 1205 гражд. улож.). Въ 4-хъ, можетъ случиться и такъ, что собственникъ вовсе не владѣетъ. Тогда по точному тексту гражданского уложенія собственность передается путем уступки притязанія; на дѣлѣ это, однако, ничто иное какъ передача собственности путем простого договора (§ 931 гражд. улож.).

§ 31. Важной основной мыслью при пріобрѣтеніи движимыхъ вещей является извѣстное германское положеніе: „Hand muss Hand wahren“ (§ 935). Это положеніе означаетъ, что добросовѣстный пріобрѣтатель получаетъ больше правъ, чѣмъ ихъ имѣло лицо, передавшее вещь, что имѣетъ мѣсто только тогда, когда вещь ушла изъ рукъ собственника не противъ его воли, т. е. не украдена у него и не потеряна имъ. Главнымъ случаемъ такого пріобрѣтенія тотъ, когда собственникъ ссудилъ кому-нибудь вещь или отдалъ ее на храненіе или въ пользованіе, а этотъ послѣдній ее присвоилъ. Въ такомъ случаѣ, какъ только вещь попадетъ въ руки добросовѣстнаго пріобрѣтателя,—этотъ пріобрѣтатель становится ея собственникомъ, хотя присвоитель, который ему вещь передалъ, и не былъ собственникомъ. Это не относится, впрочемъ, къ тому случаю, когда пріобрѣтеніе вещи произведено путем простого *constitutum possessorium*; это не относится и къ тому случаю, когда пріобрѣтеніе произведено путем простого договора при условіяхъ, указанныхъ выше подъ п. 4, т. е. когда отчуждатель не имѣлъ посредственного владѣнія: здѣсь добросовѣстный пріобрѣтатель пріобрѣтаетъ собственность только съ пріобрѣтеніемъ реального владѣнія. Подъ доброй совѣстью гражданское уложеніе понимаетъ такое состояніе духа, при которомъ пріобрѣтатель не зналъ, и притомъ не зная не вслѣдствіе грубаго нерадѣнія, что вещь не принадлежитъ отчуждателю (§ 932 гражд. улож.). Наравнѣ съ этимъ слѣдуетъ поставить и тотъ случай, когда пріобрѣтатель такимъ же образомъ составилъ себѣ невѣрное представленіе о полномочіи распоряжавшагося вещью представителя, хотя § 366 торг.

улож. содержитъ въ этомъ отношеніи непущное и совершенно недостаточное постановленіе. Древнегерманскимъ является еще особое преимущество, которое дано продажѣ съ аукціона въ § 935 абз. 2 гражд. улож. ¹⁾).

Для приобрѣтенія движимыхъ вещей имѣетъ наконецъ еще большое значеніе институтъ *приобрѣтательной давности*. Приобрѣтательная давность, уже не играющая почти никакой роли для вещей недвижимыхъ, имѣетъ еще значительное приложеніе при вещахъ движимыхъ. Она требуетъ владѣнія въ теченіе десяти лѣтъ, и притомъ владѣнія въ видѣ собственности. Особаго титула, отличнаго отъ приобрѣтенія владѣнія, не требуется; достаточно поэтому мнимаго титула, напр., мнимой покупной сдѣлки. Приобрѣтеніе должно быть совершенно добросовѣстно; но этого мало: добрая совѣсть должна продолжаться въ теченіе всего владѣнія. Въ этомъ отношеніи гражданское уложеніе усвоило положеніе каноническаго права, по которому недобросовѣстность наступившая позднѣе, хотя-бы послѣ приобрѣтенія владѣнія, останавливаетъ теченіе давности. Гражданское уложеніе не исходитъ поэтому, подобно римскому праву, изъ мысли, согласно которой приобрѣтенное на основаніи доброй совѣсти положеніе давностнаго владѣльца образуетъ будто бы такое неизбѣжное юридическое состояніе, которое уже болѣе не нуждается въ продолженіи существованія доброй совѣсти; напротивъ того положеніе давностнаго владѣльца совершенно измѣняется, какъ только наступаютъ обстоятельства, которыя, если бы они существовали налицо при первоначальномъ приобрѣтеніи, не дали-бы возникнуть этому юридическому положенію, а въ числѣ этихъ обстоятельствъ на первомъ мѣстѣ стоитъ недобросовѣстность. Важное значеніе имѣетъ далѣе то, что во 1-хъ вчиненіе иска прерываетъ теченіе давности, но только относительно, поскольку дѣло касается истца и его правопреемника, и во 2-хъ теченіе давности прерывается потерей владѣнія, но только при условіи, что невладеніе продолжалось въ теченіе года. Даже въ томъ случаѣ, когда по иску, предъявленному въ теченіе этого года, владѣніе восстановлено (путемъ-ли принудительнаго исполненія или путемъ добровольной выдачи со стороны отвѣтника до или послѣ приговора), считается, какъ если-бы перерывъ продолжался менѣе года,—весьма практическое постановленіе, которое смягчаетъ суровость римскаго права

¹⁾ Ср. городовое право Viterbo (1251) IV, 152; Montefeltro (1384) II, 31; (Collez. Marchig. III, p. 315).

и дѣлаетъ теченіе давности независимымъ отъ мимолетныхъ событій (§ 937—945).

§ 32. Собственникъ имѣетъ *притязаніе* противъ того, кто не допускаетъ его къ владѣнію. Это римская *rei vindicatio* (искъ о собственности). Притязаніе это конструировано въ достаточномъ соотвѣтствіи съ римскимъ правомъ. Въ гражданскомъ уложеніи многое однако разработано болѣе детально, въ особенности право издержекъ, а въ ученіи о плодахъ устранено странное римское положеніе, по которому добросовѣстный владѣлецъ приобретающій, по общему правилу, плоды въ собственность обязывается всѣмъ не менѣе, выдать *наличные* плоды, что конечно служить только побужденіемъ къ тому чтобы возможно скорѣе раздѣлаться съ плодами вещи. Выгоды полученныя во время пользованія вещью, добросовѣстный владѣлецъ обязанъ выдать только въ томъ случаѣ, если онъ получилъ вещь безвозмездно; при возмездномъ же пользованіи только въ томъ случаѣ, если онъ извлекалъ эти выгоды вопреки требованіямъ правильного веденія хозяйства (§§ 988, 993 гражд. улож.) Ср. также ниже § 86.

Притязанія, которыя собственникъ имѣетъ не противъ лишенія владѣнія, а противъ нарушеній его (*actio negatoria*), также полностью взяты изъ римскаго права. По отношенію къ движимымъ вещамъ римское и германское право совмѣстными силами создали своего рода *actio Publiciana*, по которой и несобственникъ можетъ требовать выдачи вещи, если онъ является ея послѣднимъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, а вещь перешла въ недобросовѣстное владѣніе; если вещь была украдена у прежняго владѣльца или потеряна имъ, то онъ можетъ требовать ее и отъ добросовѣстнаго владѣльца. Все это, конечно, только въ томъ случаѣ, если наличный владѣлецъ не сдѣлался собственникомъ, потому что тогда *actio Publiciana* противостояла-бы *exceptio dominii*; затѣмъ только въ томъ случаѣ, если наличный владѣлецъ не былъ еще болѣе раннимъ владѣльцемъ, у котораго вещь ушла изъ рукъ; ибо тогда *actio Publiciana* противостояла-бы *exceptio Publiciana* (§ 1007 гражд. улож.).

§ 33. Пользовладѣніе (узуфруктъ) конструированъ въ гражданскомъ уложеніи весьма схоже съ римскимъ образцомъ, въ частности и въ томъ пунктѣ, по которому пользовладѣніе потребляемыми вещами превращается въ *quasi*—узуфруктъ, въ силу чего вещи становятся собственностью пользовладѣльца, и онъ обязывается возвратить только ихъ цѣну. Эта конструкція нецѣлесообразна, и

было-бы лучше, если-бы гражданское уложеніе освободилось здѣсь отъ ограниченій римскаго права и допустило, что въ такомъ случаѣ возникаетъ не собственность, а пользовладѣніе съ правомъ распоряженія въ томъ смыслѣ, чтобы пользовладѣлецъ могъ распоряжаться потребляемыми вещами точно такъ-же, какъ это поставлено относительно пользованія въ §§ 1376 и 1653 гражд. улож. Римская юридическая конструкція приводитъ къ серьезной невыгодѣ въ томъ случаѣ, когда надъ пользовладѣльцемъ учреждается конкурсъ, и собственнику остается простое притязаніе на полученіе доли изъ конкурса. Это тѣмъ опаснѣе, что гражданское уложеніе значительно расширило понятіе потребляемыхъ вещей; въ частности считаются потребляемыми и тѣ движимыя вещи, которыя входятъ въ составъ товарнаго склада или иной совокупности вещей, предназначенныхъ для розничной продажи (§ 92 ср. 1035 гражд. улож.). Поэтому, если кто нибудь приобретаетъ пользовладѣніе лавкой, товарнымъ складомъ или т. п., то онъ дѣлается полнымъ собственникомъ всехъ находящихся въ магазинныхъ и лавочныхъ помѣщеніяхъ товаровъ и обязанъ только возмѣстить ихъ цѣну. Гражданское уложеніе должно было въ этомъ случаѣ по крайней мѣрѣ постановить, чтобы управомоченный по пользовладѣнію былъ обязанъ дать обезпеченіе, какъ онъ былъ къ этому обязанъ въ римскомъ правѣ. Гражданское уложеніе заимствовало понятіе *quasi*—узуфрукта изъ римскаго права, но обязанность дать обезпеченіе ограничило случаевъ явной ненадежности (§ 1067 гражд. улож.), а это существенная ошибка.

Важную особенность составляетъ то, что право пользовладѣльца, даже въ томъ случаѣ, когда оно принадлежитъ юридическому лицу, прекращается только вмѣстѣ съ субъектомъ, такъ что юридическія лица могутъ поэтому приобрести вѣчный узуфруктъ (§ 1061 гражд. улож.); это относится также къ ограниченнымъ личнымъ сервитутамъ, соотвѣтственно § 1090 гражд. улож. Такимъ образомъ право пользовладѣнія юридическихъ лицъ конструировано весьма эластично. Наоборотъ, относительно физическихъ лицъ уложеніе не обнаружило необходимой предусмотрительности. Для цѣлаго ряда правъ пользованія, которыя физическое лицо приобретаетъ въ интересахъ предпріятія, является вопросомъ жизни, чтобы право оканчилось долговѣчнѣе лица и длилось до тѣхъ поръ, пока будетъ существовать предпріятіе. Достаточно представить себѣ напр., фабрику, которой приходится добывать для себя электрическую энергію на другомъ участкѣ. Могутъ, правда, въ этомъ случаѣ

указать на допустимость установления поземельнаго сервитута въ интересахъ участка, на которомъ стоитъ фабрика; но и это мало поможетъ дѣлу, ибо возможно, что фабрику придется перенести на другой участокъ, а потребность въ электричествѣ остается та же, такъ что придется еще и еще разъ прибѣгать къ указанному способу. Здѣсь надо допустить, что вопреки §§ 1060 и 1061 можетъ быть установлено право пользованія такого рода, которое существовало бы въ интересахъ всякаго наличнаго хозяина предпріятія, такъ чтобы личность управомоченнаго была обозначаема предпріятіемъ.

§ 34. *Поземельные сервитуты* имѣютъ своей цѣлью насколько возможно исправить тотъ вредъ, который причинило раздробленіе земельной площади на отдѣльные поземельные участки, находящіеся въ собственности отдѣльныхъ лицъ, и дать возможность двумъ участкамъ оказывать другъ другу взаимныя услуги тамъ, гдѣ это необходимо для достиженія важныхъ для человѣчества цѣлей. Проще всего достигается такое взаимодѣйствіе тогда, когда собственность на участки сосредоточена въ однѣхъ рукахъ, но оно должно остаться возможнымъ и послѣ раздѣленія участковъ, когда каждый получаетъ въ собственность свое отдѣльное имѣніе ¹⁾. Очень часто достаточно маленькаго обремененія одного, чтобы доставить другому важныя хозяйственныя выгоды.

Съ другой стороны земельные сервитуты не должны выходить за предѣлы этой сферы. Они должны имѣть мѣсто только тогда, когда одинъ участокъ можетъ служить другому такимъ образомъ, что пользованіе однимъ участкомъ становится возможнымъ, или облегчается, въ сравненіи съ прежнимъ состояніемъ. При этомъ принимается конечно во вниманіе, что такъ называемый господствующій участокъ, т. е. тотъ, кому другой долженъ служить представляетъ собой не только служащую для воздѣлыванія почву, но и промышленное сооруженіе. Возможно, поэтому, устанавливать путемъ поземельныхъ сервитутовъ такія выгоды, которыя пойдутъ на пользу только промышленному сооруженію, какъ таковому, напр. когда одинъ участокъ представляетъ собою фабрику или другое

¹⁾ Если земельный сервитутъ существуетъ въ силу записи, то онъ продолжаетъ существовать, если потомъ участки объединились въ однѣхъ рукахъ (§ 889 гражд. улож.). Можно-ли допустить, чтобы въ то время какъ участки находятся въ однѣхъ рукахъ, былъ записанъ земельный сервитутъ? Почему нѣтъ? Иначе каммергерихтъ въ рѣшеніи 24 сентября 1900 г., Mugdan, I стр. 427.

хозяйственное сооруженіе, и въ его пользу устанавливается дорожный или водопроводный сервитутъ. Напротивъ, былъ-бы невозможенъ сервитутъ въ томъ случаѣ, если бы господствующій участокъ не представлялъ собою особаго сооруженія, если-бы его собственникъ просто занимался на немъ какимъ нибудь промысломъ, какъ могъ-бы заниматься другимъ дѣломъ, или если бы собственникъ имѣлъ любимыя привычки, чуждыя другому. Поэтому невозможенъ земельный сервитутъ такого рода, чтобы собственникъ одного участка могъ гулять по другому участку или рвать тамъ плоды для своего стола; здѣсь дѣло идетъ о потребностяхъ не участка, а отдѣльнаго владѣльца его. Другое, если бы хозяинъ фабрики получилъ напр., право посылать своихъ фабричныхъ рабочихъ обѣдать на сосѣднемъ участкѣ, это было-бы выгодой для фабрики.

Съ другой стороны, и служащій участокъ долженъ, конечно, служить свойствами самого участка; поэтому былъ-бы невозможенъ напр. поземельный сервитутъ такого рода, чтобы владѣлецъ фабричнаго предпріятія былъ обязанъ доставлять другому столько-то и столько-то товаровъ, или чтобы послѣдній имѣлъ возможность брать эти товары изъ самой фабрики, а также и такой, въ силу котораго собственникъ служащаго участка обязался получать сѣбѣстные припасы и средства производства отъ господствующаго участка (§ 1019 гражд. улож.)¹⁾.

Уже римское право раздѣлило поземельные сервитуты на *сельскіе* и *городскіе*. Въ сферѣ городской жизни поземельные сервитуты преслѣдуютъ особыя цѣли; здѣсь болѣе тѣсная совмѣстная жизнь многихъ необходимымъ образомъ приводитъ къ тому, что жилища двухъ лицъ вступаютъ другъ съ другомъ въ юридическую связь²⁾. Всѣ сосѣдскія отношенія принимаютъ вслѣдствіе этого новый характеръ; избавляются отъ множества безполезныхъ строеній, такъ какъ одно зданіе служитъ также и другому и отвѣчаетъ его потребностямъ. А если принять во вниманіе еще интересы промышленности, то выступаютъ новыя функціи, ибо промышленность покоится на соединеніи труда и силъ природы, которыя имѣются

¹⁾ Arch. für civ. Praxis, 87 стр. 169 сл. Рѣшеніе каммергерихта 16 іюня 1902 г. въ Jahrb. v. Iochow u. Ring, XXIV A. 241 сл. и 30 іюня 1902 г. у Mugdan V, стр. 154.

²⁾ См. грам. 1318 г. у Boos, Urkundb. v. Worms, II, 135 (запрещеніе устройства оконъ), примѣры изъ 13 стол. у Fabricius, Stralsunder Urkundb., 279.

часто не въ достаточной мѣрѣ въ данной мѣстности, почему необходимо привлекать ихъ изъ другихъ. Тутъ придется допустить непрерывность связи между обоими участками, но ничего больше. Такимъ путемъ въ интересахъ использованія передающихся по пространству силъ природы, цѣлыя страны и части свѣта могутъ оказаться связанными между собою поземельными сервитутами. Возможно, поэтому, поземельный сервитутъ, по которому получаютъ право проложить электрическій кабель на протяженіи миль; при беспроводномъ телеграфѣ допускается сервитутъ такого рода, что какой-нибудь участокъ на берегу сѣвернаго моря вступаетъ въ связь съ пріемной станціей въ Соединенныхъ Штатахъ, ибо тутъ имѣется непрерывная связь между отдѣльными земельными участками.

§ 35. Въ конструкціи *правъ на мѣновую цѣнность* (залогъ) гражданское уложеніе достигло весьма высокой степени совершенства. Правда, здѣсь по отношенію къ главнымъ правамъ, именно ипотека и вотчинному долгу, уложеніе могло опереться на прусское законодательство 1872-го года, но оно разработало постановленія этого законодательства въ значительной мѣрѣ совершеннѣе; неудачна лишь во многихъ отношеніяхъ форма изложенія.

Изъ указанныхъ видовъ залога первый, т. е. *вотчинный долгъ* распространенъ въ жизни мало. Онъ есть право на заключающуюся въ земельномъ участкѣ мѣновую цѣнность безъ всякой примѣси къ этому праву обязательственнаго элемента. Здѣсь не можетъ быть рѣчи объ отвѣтственности земельного участка по его долгу или обязательству; но точно такъ-же нельзя считать обязаннымъ и всякаго даннаго собственника, такъ какъ это стояло-бы въ полномъ противорѣчій со всей техникой вотчиннаго долга. Напротивъ того, вотчинный долгъ есть чистое вещное право на цѣнность, и въ томъ даже случаѣ, когда вотчинный долгъ является долгомъ самому собственнику, т. е. когда онъ принадлежитъ собственнику участка ¹⁾. Въ этомъ отношеніи создавали себѣ совершенно несуществующія затрудненія, когда утверждали, будто подобное право на собственную вещь несовмѣстимо съ характеромъ вотчиннаго долга. Совершенно невѣрно: когда я имѣю вотчинный долгъ на какую-нибудь вещь, то дѣло вовсе не зависитъ отъ того, въ чей

¹⁾ Точно такъ же, какъ я могу быть должникомъ по обязательству на предъявителя, хотя бы я въ то же время былъ собственникомъ обязательственного документа и вслѣдствіе этого своимъ собственнымъ кредиторомъ.

собственности она находится; я могу имѣть вотчинный долгъ на вещь, которая никому не принадлежить и конечно на такую, которая входитъ въ составъ моей собственности ¹⁾. Впрочемъ въ § 1197 гражд. улож. предусмѣтрѣно, что управомоченный по вотчинному долгу, который состоитъ въ то-же время и собственникомъ, не можетъ обратить на свой участокъ принудительное взысканіе, а потому не можетъ этимъ путемъ взыскать свой вотчинный долгъ. Но это понятно; ибо, когда онъ имѣетъ въ собственности участокъ со всѣми его цѣнностями, то онъ не нуждается въ принудительной продажѣ, чтобы извлечь изъ него одну опредѣленную цѣнность. Но какъ только права на вещь раздвоятся, и собственникъ уже не является въ то-же время управомоченнымъ по вотчинному долгу, дается право понудительнаго взысканія ²⁾. Точно также право на проценты возникаетъ съ того момента когда появляются другіе управомоченные, которые получаютъ право на плоды и такимъ образомъ предъявляютъ притязанія на выгоды вещь. Такъ, въ особенности, когда другой кредиторъ добился понудительнаго управленія, каковой случай буквально предусмѣтрѣнъ въ § 1197 гражд. улож., но такъ-же и тогда, когда польовладѣлецъ (§ 1047) приобрѣтаетъ плоды вещи (конечно съ уплатой текущихъ расходовъ, въ томъ числѣ и процентовъ по вотчинному долгу). Постановленіе § 1197 по смыслу своему подлежитъ расширительному толкованію ³⁾.

Противоположностью вотчиннаго долга является *ипотека пандектнаго права*, представляющая собою не что иное, какъ акцессорное цѣнное право, нѣчто въ родѣ привѣска къ требованію. И при ипотекахъ имѣется вещное право на вещь, но только въ той мѣрѣ и до тѣхъ поръ, въ какой и пока существуетъ требованіе.

¹⁾ Такое двойственное положеніе лица было извѣстно и римскому праву; стоитъ только вспомнить о fr. 93 pr. de solut.

²⁾ Это имѣетъ мѣсто и тогда, когда я являюсь собственникомъ и управомоченнымъ по вотчинному долгу, а за моимъ вотчиннымъ долгомъ стоитъ польовладѣніе. Въ этомъ случаѣ я имѣю тотъ же самый интересъ на цѣнность, какъ если бы участокъ имѣлъ другого собственника.

³⁾ Само собой понятно, что цѣнное право есть не право на цѣнность земельного участка, а право на извлекаемую изъ участка цѣнность, въ смыслѣ абстрактной денежной цѣнности въ противовѣсъ конкретной цѣнности пользованія въ зависимости отъ употребленія вещи. Это должно быть понятно само собой, но приходится еще разъ это особенно отмѣтить вслѣдствіе многочисленныхъ недоразумѣній.

Съ погашеніемъ требованія погашается и вещное право. Кредиторъ, поэтому имѣетъ не прочное право на цѣнность вещи, а только обезпеченіе своего требованія въ видѣ права на цѣнность. Въ этомъ отношеніи отвѣтственность вещи нѣсколько походитъ на обязательство поручителя, и такъ-же, какъ оно, зависитъ отъ главнаго обязательства. Пандектное право сдѣлало отсюда тотъ выводъ, что, если на участокъ существуетъ нѣсколько ипотекъ, установленныхъ другъ послѣ друга, и одна изъ нихъ погашается, то старшинство слѣдующихъ повышается на одну степень; при этомъ выходили изъ представленія, что въ томъ случаѣ, когда на вещи нѣтъ впереди стоящихъ обремененій, то она служитъ лучшимъ обезпеченіемъ, чѣмъ до того времени; вещь должна дать то обезпеченіе, какое она можетъ. Но это само по себѣ очень неустойчивое состояніе, такъ какъ оно вноситъ въ ипотечное право рисковый элементъ, а такая рисковая ипотека не годится для оборота, такъ какъ не можетъ стать прочной денежной цѣнностью. Ипотека, годная для оборота, должна образовать прочную неизблемую денежную величину и не должна быть подвержена случайностямъ юридической судьбы вещи. Конечно, вторую ипотеку съ правомъ повышенія въ степени старинства будутъ оцѣнивать выше, чѣмъ такую, которая подобнымъ правомъ не обладаетъ, но все-таки не настолько, чтобы за это преимущество заплатили полное возмѣщеніе, положеніе дѣла при этомъ представляется еще очень сомнительнымъ. Здѣсь такимъ образомъ, съ одной стороны, существуетъ извѣстный плюсъ въ правѣ, за который вслѣдствіе его гадательной природы не дается достаточнаго вознагражденія, а съ другой,— въ качествѣ слѣдствія то, что собственность не используется въ хозяйственномъ отношеніи такъ, какъ она могла-бы быть использована. Напр., если сумма на которую вторая ипотека можетъ повыситься, равна 10,000, то весьма возможно, что второй ипотечный кредиторъ дастъ за эту возможность не 10,000, а только 2000, и такимъ образомъ собственникъ терпитъ убытки.

Само собою разумѣется, что въ ипотечномъ оборотѣ всегда имѣется рисковый элементъ—это мѣняющаяся цѣнность участка, по это уже неизбежное явленіе, пока будутъ существовать земельные участки и ипотеки.

Указанный выводъ становится, однако, совершенно недопустимымъ, когда самъ собственникъ погасилъ одну ипотеку; въ этомъ случаѣ повышаются остальные, а ему остается только смотрѣть: *sic vos non vobis*; но уже и пандектное право въ этомъ случаѣ допускало исключеніе.

Ошибочно и совершенно излишне все учение о *повышеніи* ипотеки въ степени старшинства. Вполнѣ допустимо, что съ погашеніемъ одной ипотеки, на ея мѣсто появляется ипотека собственника той-же степени, при чемъ она, по общему правилу, можетъ быть преобразована въ вотчинный долгъ, по крайней мѣрѣ тогда, когда требованія помимо ипотеки болѣе не существуетъ. Такимъ образомъ удаляется рискованнѣйшій элементъ: каждая ипотека занимаетъ свое опредѣленное мѣсто; повышение въ степени старшинства имѣетъ мѣсто только тогда, когда оно точно установлено, когда собственникъ обязуется погасить ипотеку, когда она соединится въ однихъ рукахъ съ собственностью (§ 1179 гражд. улож.) ¹⁾.

Обмѣнъ степенями старшинства самъ по себѣ конечно дозволяется, но только съ согласія собственника вещи, такъ какъ этотъ обмѣнъ имѣетъ вліяніе на его право съ погашеніемъ известной ипотеки превратить ее въ ипотеку собственника (§ 880 ср. съ § 1179 гражд. улож. и § 27 вотч. уст.).

Это коренное преобразованіе ипотечнаго права совершено въ германскомъ уложеніи. Пошли здѣсь даже такъ далеко, что выставили въ качествѣ основного положенія слѣдующее: если требованіе съ самаго начала недѣйствительно, то возникаетъ не вещное „ничто“, а ипотека собственника. Если требованіе погашено, то возникаетъ ипотека собственника; то-же самое примѣняется, когда, при какомъ-нибудь отлагательномъ условіи, условіе не наступаетъ или при отмѣнительномъ условіи, условіе наступило (§ 1163, 1168 гражд. улож.).

Это относится и къ уплатѣ суммъ, идущихъ на погашеніе долга, хотя во многихъ отношеніяхъ онѣ разсматриваются какъ проценты (§§ 197, 902 гражд. улож.) ²⁾. Проценты и платежи по

¹⁾ Въ силу этого обязательства вносится предварительная отсѣвка (§ 1179 гражд. улож.). Можно ли прямо уступить будущее старшинство? На это слѣдуетъ отвѣтить отрицательно; можно взять на себя обязательство въ будущемъ измѣнить порядокъ старшинства, но нельзя его измѣнять заранѣе; рѣшеніе колмарскаго оберландсгерихта у Scherer, das dritte Jahr des B. G. B. Стр. 333. Зато обязательство согласиться на повышение и предварительная отсѣвка возможны даже тогда, когда тотъ, въ чью пользу совершается отсѣвка, не имѣетъ болѣе поздней ипотеки, а только собирается приобрести ее въ будущемъ. Бавар. оберландсгерихтъ въ рѣш. 17 апрѣля 1902. Mugdan, IV, стр. 490.

²⁾ Впрочемъ это вопросъ спорный; ср. рѣшенія камергерихта 31 декабря 1901, 2 дек. 1901 и 26 мая 1902 г. Mugdan, V стр. 155, IV стр. 70, V стр. 256. Ср. также и § 1115, 1158, 1159, 1178 гражд. улож. („платежи по добавочнымъ обязательствамъ“, къ которымъ погашеніе не относится). Особый характеръ

добавочнымъ обязательствамъ имѣютъ конечно особый характеръ: ипотека въ ихъ обезпеченіе погашается съ уплатой, и ипотеки собственника не наступаютъ (§ 1178).

Но такая форма ипотеки не можетъ удовлетворить потребности, даже если повышеніе въ степени старшинства будетъ исключено. Если даже и не говорить объ этомъ повышеніи старшинства, все-таки ипотека пандектнаго права остается зависимою отъ права требованія, являясь простымъ его подкрѣпленіемъ и обезпеченіемъ, а между тѣмъ стремленіе должно быть направлено именно къ тому, чтобы сдѣлать изъ ипотеки вѣчто свободно отчуждаемое, чистую цѣнность, подобную напр. векселю и потому свободную отъ всякихъ случайностей. Случайности же при ней состоятъ въ томъ, что приобретающій требованіе на основаніи цессіи не обезпеченъ, въ противоположность приобретателю векселя, отъ того, что онъ не подвергается всѣмъ случайностямъ требованія; преемнику въ обязательствѣ придется можетъ быть, поэтому, расплачиваться за цедента, если требованіе въ его лицѣ погашено или ослаблено. Поэтому, еслибы была сохранена прежняя система, то тоже самое наступило-бы при передачѣ ипотеки; послѣдняя перешла бы вмѣстѣ съ требованіемъ, какъ его обезпеченіе; она перешла бы со всѣми слабостями, которыя имѣются въ требованіи, и еслибы требованіе было погашено, то исчезла-бы и ипотека; тогда-бы возникла ипотека собственника, а цессіонарію, который долженъ былъ вмѣстѣ съ требованіемъ приобрести ипотеку, осталось-бы только позднее сожалѣніе. Этого хотѣли избѣжать. Можно было бы избѣжать этого проще, поставивъ на ряду съ требованіемъ вотчинный долгъ, такъ чтобы управомоченный приобреталъ два различныхъ права, вотчинный долгъ и требованіе.

Вотчинный долгъ тогда можно бы было отчуждать по усмотрѣнію, а о требованіи нечего было бы и заботиться. Въ оборотѣ, однако, болѣе желательно соединить вещное и личное обезпеченіе: приобретателю желательно имѣть заразъ и требованіе, и вотчинный долгъ, а для этого система раздвоенія обязательственныхъ и вещныхъ правъ оказывается неподходящей. Въ такомъ случаѣ, дѣйствительно, очень легко наступила-бы возможность, что требованіе перешло-бы къ одному, а вотчинный долгъ къ другому, а это привело-бы къ значительной путаницѣ. Поэтому прусское право избрало средній путь: съ одной стороны оно создало институтъ вот-

суммъ, идущихъ на погашеніе долга, явствуетъ въ особенности изъ закона объ ипотечныхъ банкахъ, § 21.

чиннаго долга, но въ то-же время, наряду съ вотчиннымъ долгомъ, сохранила акцессорную ипотеку въ качествѣ *обеспечительной ипотеки*, потому что она все-таки не вполнѣ излишня; въ особенности она необходима какъ судебная ипотека при арестѣ и принудительномъ исполненіи (§§ 866, 932 уст. гр. судопр.). Такъ называемая *оборотная ипотека*, т. е. та, которая предназначена прямо для торговли, при которой ипотечное право должно переходить изъ однихъ рукъ въ другія, какъ прочная цѣнность, конструирована слѣдующимъ образомъ:

1. Связь ипотеки съ требованіемъ установлена такимъ образомъ, что она можетъ быть отчуждена только вмѣстѣ съ требованіемъ, а требованіе только вмѣстѣ съ ипотекой (§ 1153 уст. гр. судопр.). Отчужденіе по общему правилу совершается путемъ внесенія записи въ вотчинную книгу. Такъ образуются такъ называемыя *книжныя ипотеки* (Buchhypothek). Онѣ встрѣчаются въ Германіи, но особенной любовью въ оборотѣ не пользуются. Поэтому придумали слѣдующую систему. Управомоченный по ипотецѣ получаетъ свидѣтельство, такъ называемое *ипотечное свидѣтельство*, которое имѣетъ характеръ цѣнной бумаги, въ томъ смыслѣ, что отчужденіе и реализація ипотеки по общему правилу можетъ быть совершено только съ свидѣтельствомъ. Отчужденіе совершается такимъ образомъ, что передается самое свидѣтельство и въ тоже время совершается письменное заявленіе о передачѣ; официальное засвидѣтельствованіе этого заявленія, правда, закономъ не предписано, но, какъ покажетъ дальнѣйшее, весьма цѣлесообразно. Этимъ путемъ ипотека можетъ быть передана безъ дальнѣйшаго обращенія къ вотчинной книгѣ. Вотчинная книга какъ-бы говорить въ такомъ случаѣ: управомоченъ А. и всякій законный пріобрѣтатель ипотечнаго свидѣтельства. Можно было-бы пойти еще дальше и превратить ипотечное свидѣтельство въ приказъ или бумагу на предъявителя; но этого не сдѣлали; правила о приказахъ и бумагахъ на предъявителя оказались сюда непримѣнными, такъ какъ хотѣли подчинить ипотечное свидѣтельство постановленіямъ, касающимся закладныхъ правъ по вотчинной книгѣ (§ 1154 гражд. улож.).

2. Выше было указано, что вотчинная книга имѣетъ рѣшающее значеніе. Прежде всего запись въ вотчинной книгѣ является необходимымъ заключительнымъ актомъ пріобрѣтенія вещнаго права; затѣмъ и тогда, когда въ самой записи не все въ порядкѣ, запись даетъ двѣ вещи: во-первыхъ, презумцію правильности и, во-вто-

рыхъ преимущество пріобрѣтателю по ст. 892 гражд. улож. Но въ этомъ отношеніи для ипотечнаго свидѣтельства постановлено, что если кто нибудь управомоченъ на основаніи непрерывнаго ряда официально засвидѣтельствованныхъ заявленій о передачѣ и на основаніи владѣнія ипотечнымъ свидѣтельствомъ, то къ нему примѣняются тѣ-же положенія, какъ если-бы весь этотъ рядъ передачъ значился въ вотчинной книгѣ, и затѣмъ: кто пріобрѣлъ добросовѣстно, тотъ пріобрѣтаетъ право хотя-бы не были соблюдены условія внесенія въ книгу. Къ этому присоединяется только слѣдующая особенность: такъ какъ ипотека и требованіе зависятъ другъ отъ друга, и одна не можетъ быть пріобрѣтена безъ другого, то подобнымъ пріобрѣтеніемъ ипотеки одновременно пріобрѣтается и требованіе, постольку, поскольку оно лежитъ въ основѣ ипотеки, даже если оно не существуетъ или существуетъ въ пользу кого-нибудь другого. Другими словами: въ той мѣрѣ, въ какой ипотека нуждается въ личномъ правѣ, какъ своемъ основаніи, пріобрѣтеніе требованія поставлено на ряду съ вещнымъ пріобрѣтеніемъ. Такъ именно по § 1138 гражд. улож.

Такимъ образомъ ипотечныя свидѣтельства развились въ необходимое орудіе денежнаго оборота, и подъ защитой гражданскаго уложенія будутъ развиваться и дальше.

Обезпечительная ипотека, напротивъ, не даетъ ни обезпеченія требованія, ни предположенія о немъ. Кто хочетъ осуществить такую ипотеку, тотъ долженъ доказать существованіе требованія. Но обезпечительная ипотека можетъ пріобрѣсти большую подвижность, поскольку она, несмотря на то, что при ней не допускается выдачи ипотечныхъ свидѣтельствъ, можетъ быть вещнымъ добавленіемъ къ приказу или бумагѣ на предъявителя. Дальнѣйшее развитіе идетъ затѣмъ, конечно, по правиламъ для обязательствъ по приказу и на предъявителя, и ипотека существуетъ въ той мѣрѣ и степени, въ какой существуютъ эти обязательства на предъявителя и по приказу (§ 1185 сл.).

При вотчинныхъ долгахъ допущены долговыя свидѣтельства на предъявителя, которыя, впрочемъ, подобно долговымъ документамъ на предъявителя — и это необходимо — нуждаются въ одобреніи государства на ихъ выпускъ, если они идутъ на опредѣленную сумму денегъ (§ 1195 гражд. улож.).

Погашеніе правъ на цѣнность совершается, само собою разумѣется, путемъ превращенія вещи въ деньги. Можно превратить въ деньги самую вещь или только пользованіе вещью. Первое со-

вершается путем принудительной продажи съ аукціона, послѣднее путем принудительнаго управленія. Оба способа могутъ быть соединены вмѣстѣ. Принудительное управленіе имѣетъ то большое преимущество, что вещь, какъ объектъ пользованія, отнимается у должника немедленно, такъ что теперь можетъ уже имѣть мѣсто немедленный арестъ плодовъ и платежей по найму и арендѣ (§§ 1121, 1123 сл. гражд. улож.; §§ 21, 148 зак. о публич. прод.). Какія нибудь предварительныя распоряженія подобными платежами по найму и арендѣ во вредъ кредитору не имѣютъ силы, исключая того случая, когда они касаются платежей за текущую во время наложенія ареста и слѣдующую затѣмъ календарную четверть года (§ 1124 гражд. улож.), ибо двѣ четверти года должны всегда быть въ распоряженіи наличныхъ арендатора и наймодателя. Съ удовлетвореніемъ кредитора при помощи публичной продажи съ аукціона ипотека погашается. Это относится только къ тѣмъ случаямъ, когда ипотечное право не переходитъ вмѣстѣ съ участкомъ къ залогопринимателю вслѣдствіе слишкомъ низкихъ цѣнъ, предложенныхъ на аукціонѣ (§§ 1147, 1181 гражд. улож., §§ 52, 91 зак. о публич. прод.).

Трудныя проблемы съ точки зрѣнія конструкціи и законодательной политики ставить *совокупная ипотека* (§§ 1190, 1172 и сл. гражд. улож.), на которой мы здѣсь не можемъ остановиться подробнѣе ¹⁾. То же самое относится и къ такъ называемой *максимальной или предѣльной ипотеки* (§ 1190); она примѣняется въ такихъ отношеніяхъ, при которыхъ размѣръ текущаго счета обнаружится только позднѣе; въ этомъ случаѣ вотчинная книга указываетъ только максимумъ, такъ что прочное ипотечное отношеніе (съ возможностью ипотеки собственника) наступаетъ лишь при окончаніи отношенія.

§ 36. *Закладъ движимыхъ вещей*, въ противоположность ипотеки недвижимостей, представляетъ собою всегда акцессорный обезпечительный залогъ съ правомъ повышенія въ старшинство. Затѣмъ, по гражданскому праву, онъ всегда *ручной залогъ*, т. е. онъ всегда требуетъ передачи владѣнія такого рода, чтобы кредиторъ

¹⁾ Ср. Markusen въ Zeitschr. f. vgl. Rechtsw., XIII, стр. 220 и сл.; Lang, Arch. f. civ. Praxis, 89, стр. 251 и сл. Законъ стремится, насколько только это возможно, къ устраненію совокупной ипотечной отвѣтственности, не желая, однако, слишкомъ близко затрогивать кредитора, который находитъ въ ней болѣе прочное обезпеченіе.

по залoгу могъ не только стать, но и оставаться владѣльцемъ до тѣхъ поръ, пока онъ желаетъ быть управомоченнымъ по залoгу; причемъ достаточно общаго владѣнія, если вещь при этомъ находится подъ замкомъ обѣихъ сторонъ, кредитора по залoгу и собственника (§ 1206 гражд. улож.). Превращеніе въ цѣнность такого закладнаго права можетъ быть совершено при помощи понудительнаго исполненія, но послѣднее ненужно: по требованію кредитора по залoгу оно можетъ быть совершено и при помощи продажи съ аукціона (продажа заклада). Публичной продажей съ аукціона считается такая продажа, при которой завѣдующій аукціономъ чиновникъ предлагаетъ всей собравшейся публикѣ купить вещь. Мѣстные законы опредѣляютъ, кто завѣдуетъ продажей съ аукціона. Судебный приставъ можетъ это во всякомъ случаѣ дѣлать (§ 383). Въ частности, въ Пруссіи это составляетъ полномочіе сельскихъ судовъ, гдѣ таковыя существуютъ (по общимъ полномочіямъ судебной должности), затѣмъ нотаріусовъ и судебныхъ писарей. Для дѣйствительности продажи заклада необходимо, чтобы для требованія наступилъ срокъ, чтобы было продано не больше вещей, чѣмъ это необходимо для удовлетворенія, и чтобы аукціонъ состоялся послѣ публичныхъ объ этомъ извѣщеній (§ 1243 гражд. улож.). Если дѣло идетъ о предметахъ съ рыночной или биржевой цѣной, то аукціонъ можетъ быть замѣненъ продажей изъ рукъ въ руки, но и эту продажу долженъ совершить завѣдующій аукціономъ чиновникъ или уполномоченный на это торговый маклеръ ¹⁾.

При продажѣ заклада съ аукціона слѣдуетъ обратить вниманіе еще и на другія обстоятельства. Въ частности, собственнику вещи должно быть сдѣлано предупрежденіе о продажѣ вещи, съ указаніемъ суммы, за которую вещь должна быть продана; послѣ предупрежденія долженъ пройти мѣсячный срокъ, если же вещь служитъ предметомъ торговли, то достаточно недѣли (§ 1234 гражд. улож.; § 368 торг. улож.). Если это правило не соблюдено, аукціонъ тѣмъ не менѣе считается дѣйствительнымъ, но кредиторъ обязанъ возмѣстить убытки (§ 1243)

¹⁾ Въ Пруссіи полномочія эти даютъ торговыя палаты или правительственные президенты (ст. 13 закона о вступленіи въ силу гражд. улож.). Биржевые маклеры имѣютъ по имперскому праву эти полномочія непосредственно въ силу § 34 закона о биржахъ (ст. 14 закона о введеніи въ дѣйствіе торг. улож.).

Книга третья.

Права на нематериальные предметы.

1. Права на силы въ пространствѣ.

§ 37. Электричество—не вещь, оно не составляет предмета собственности и не можетъ быть предметомъ кражи. Все, что говорилось противъ этого, покоится отчасти на техническихъ, отчасти на юридическихъ ошибкахъ. Когда говорятъ, что въ электриществѣ должно заключаться нѣчто тѣлесное, то это правильно лишь постольку, поскольку электричество, какъ само собою разумѣется, не является чѣмъ-то только мыслимымъ, что оно существуетъ въ умѣ чловѣка не только какъ твореніе его духа, подобно изобрѣтенію или авторскому творчеству. Однако тѣлесное въ электриществѣ не оно само, а эфиръ, въ которомъ происходятъ электрическія колебанія. Когда эти колебанія идутъ отъ одного мѣста къ другому, то они не влекутъ за собой эфира; здѣсь, какъ и при свѣтовыхъ явленіяхъ, происходитъ не замѣщеніе эфира эфиромъ, но распространеніе колебаній, которыя прекращаются въ одной сторонѣ и продолжаются въ другой. Здѣсь дѣло обстоитъ такъ же, какъ и при звукѣ, который состоитъ изъ колебаній воздуха: какъ никто не можетъ считаться воромъ воздуха, если направить слуховымъ аппаратомъ звуковыя волны къ опредѣленному мѣсту, такъ никто не можетъ считаться и воромъ эфира, если будетъ дѣйствовать такъ, чтобы свѣтovyя или электрическія волны направились дальше по эфиру въ извѣстномъ направленіи. Въ крайнемъ случаѣ кражей можно считать только тотъ случай, когда кто-нибудь дѣйствуетъ такимъ образомъ, чтобы колебанія, которыя происходятъ въ водѣ, приняли направленіе вправо, а не влѣво.

О тѣлесной вещи поэтому не можетъ быть рѣчи. Это конечно, не значитъ, что до закона объ электриществѣ и безъ него электричество не могло быть объектомъ права и не могло пользоваться защитой гражданскаго права. Уголовная защита, несомнѣнно, могла возникнуть только въ силу особаго закона, и имперскій судъ совершенно правильно не примѣнялъ закона о кражѣ къ электричеству, такъ какъ похищеніе электрической энергіи покоится на такихъ фактическихъ отношеніяхъ, которыя имѣютъ съ кражей только отдѣльное сходство, и потому совершенно несправедливо ставить рядомъ съ воромъ того, кто похищаетъ электричество. Недостатокъ уголовной защиты былъ, конечно, недостаткомъ законодательства, однако исправлять его путемъ аналогіи было бы неправильно,

какъ всякое другое примѣненіе уголовно-правовой угрозы по аналогіи; очень удивительны только жалобы на этотъ недостатокъ, какъ будто благодаря ему подвергалась опасности вся наша культура; авторы литературныхъ и художественныхъ произведеній въ продолженіе десятилѣтій ждали защиты, и міръ отъ этого вовсе не приходилъ въ особенное возбужденіе; да и теперь еще существуютъ многіе, которые думаютъ, что авторы, желая защиты, требуютъ чего то несправедливаго: стоитъ только вспомнить о жалобахъ нѣкоторыхъ газетъ, которыя бросаютъ авторамъ упреки, если только тѣ серьезно выступаютъ на защиту своихъ правъ!

Итакъ электричество не вещь, но движеніе эфира, которое имѣетъ свойство продолжаться, или, лучше сказать,—электричество есть сила, лежащая въ основѣ движенія эфира. Если недавно утверждали, что сила только абстракція, а не дѣйствительность, то это объясняется только погрѣшностью противъ логическаго способа разсмотрѣнія, такъ какъ, очевидно, всякое понятіе есть абстракція, сила такъ же, какъ и матерія; но въ основаніи абстракціи лежитъ объективно существующее. Защита этой силы должна быть признана гражданскимъ правомъ; само собой понятно, что тотъ, кто безъ дозволенія другого удерживаетъ продуктъ работы, совершаетъ правонарушеніе, хотя бы только правонарушеніе по 826 ст. гражд. уложенія. Мы поэтому дали бы право на возмѣщеніе убытковъ и негаторный искъ даже въ томъ случаѣ, если бы не существовало постановленій закона объ электричествѣ 9-го апрѣля 1900 года, такъ какъ этотъ законъ имѣетъ въ виду только тотъ особенный случай, когда должно имѣть мѣсто наказаніе. Именно законъ требуетъ, съ одной стороны, электрическаго сооруженія, или учрежденія, работа котораго направлена на добываніе энергіи, и съ другой стороны провода, который предназначенъ къ извлеченію энергіи не согласно установленному порядку. Поэтому не наказывається тотъ, кто посредствомъ правильно устроеннаго провода беретъ электричество неправомѣрнымъ образомъ, и употребляетъ на себя; за это говорятъ тоже добрыя основанія; но онъ обязанъ къ возмѣщенію убытковъ, какъ только это произошло по памѣренію или только по грубому небреженію, а если нѣтъ ни того, ни другого, то по меньшей мѣрѣ дается искъ изъ неправомѣрнаго обогащенія.

2. Права на идеи (права на нематеріальныя предметы въ собственномъ смыслѣ).

§ 38. Есть права на чисто нематеріальныя блага, которыя существуютъ не въ прикрѣпленной къ опредѣленному мѣсту силѣ, но, какъ продукты мышленія, вращаются всюду, гдѣ живутъ мыслящіе люди: права на эстетическія и техническія идеи.

Право на матеріальное благо—положительное право, какъ собственность: оно право пользованія, а не только право запрещенія, такъ какъ доходъ съ нематеріальныхъ благъ удерживается управомоченнымъ, какъ право; здѣсь дѣло обстоитъ не такъ, какъ будто этотъ доходъ былъ только чѣмъ то фактическимъ, и другіе обязываются лишь удерживаться отъ его извлеченія; воздержаніе другихъ здѣсь есть только результатъ положительнаго правомочія.

Право на нематеріальныя блага есть абсолютное право, т. е. непосредственное отношеніе между личностью и благомъ; оно, по-этому, состоитъ не въ томъ, какъ это имѣетъ мѣсто при обязательственномъ правѣ, что личность обязывается къ дѣйствию, но и въ томъ, что уже имѣютъ желаемое въ видѣ нематеріальнаго блага.

Нематеріальныя права отчуждаемы, они могутъ переходить къ третьимъ лицамъ, они могутъ также по желанію передаваться по наслѣдству. Это тоже параллель съ собственностью. Отчужденіе можетъ, въ случаѣ необходимости, какъ при собственности, вноситься въ публичныя регистры, которые имѣетъ большее или меньшее значеніе для передачи права; такъ, напримѣръ, при внесеніи въ списокъ патентовъ. Въ этомъ отношеніи развитіе въ Германіи, несомнѣнно, ушло не такъ далеко, какъ въ отношеніи вотчинныхъ книгъ, но оно тѣмъ не менѣе очень замѣтно. Списокъ патентныхъ правъ установленъ въ видѣ, подобномъ системѣ вотчинныхъ книгъ, въ Австріи.

Соотвѣтственно съ этимъ права на нематеріальныя предметы могутъ быть предметомъ торга и попадать въ конкурсную массу.

Нематеріальныя права могутъ также быть предметомъ обязательственныхъ отношеній; такъ всякій можетъ право изобрѣтенія внести въ товарищество; онъ можетъ принять на себя обязательство, передать его или обязаться не осуществлять его въ извѣстномъ направленіи.

Изъ всего этого само собой вытекаетъ большое различіе между нематеріальными и личными правами.

Личное право, какъ выше (§ 17) было установлено, есть право на то, чтобы за личностью сохранялось непоколебимымъ притязаніе на существованіе и развитіе, и чтобы не нарушалась неправомѣрнымъ образомъ ея неприкосновенность. Такое личное право можетъ, конечно, приходить въ соприкосновеніе и съ сферой собственности, и съ сферой нематеріальнаго права. Никто не управомоченъ закладывать довѣренности, какъ тѣлесныя вещи, хотя бы они имѣли и мѣстовую цѣнность; никто не управомоченъ мучить должника или должницу, чтобы добиться уплаты долга. Точно также никто не управомоченъ опубликовать рукопись автора или изобрѣтателя противъ его воли, чтобы этимъ достигнуть удовлетворенія своего требованія.

Но и въ другихъ отношеніяхъ тайна рукописи остается неприкосновенной: не кредиторъ точно также не имѣетъ права опубликовать рукопись автора, еслибы даже онъ случайно и совершенно добросовѣстно купилъ ее и сталъ ея собственникомъ. Въ этомъ отношеніи личное право, которое до того шло въ разрѣзъ съ нематеріальнымъ правомъ, можетъ идти съ нимъ вмѣстѣ. Авторъ можетъ, по началамъ нематеріальнаго права, запретить публиковать противъ его воли подобные продукты его духа, такъ какъ онъ имѣетъ право исключительнаго пользованія доходами. Точно также запрещеніе можетъ быть сдѣлано имъ и въ силу права личности, такъ какъ опубликованіе интимнаго, — всякая рукопись можетъ быть интимною — противорѣчитъ праву личности. Другими словами: какъ осуществленіе нематеріальнаго права можетъ войти въ коллизію съ личнымъ правомъ, такъ, наоборотъ, можетъ одно и тоже дѣйствіе, которое нарушаетъ нематеріальное благо, нарушить въ то же время и право личности. Тоже самое имѣетъ мѣсто и въ области собственности, такъ какъ и здѣсь препятствіе пользованія вещью могло быть и нарушеніемъ права собственности, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, вторженіемъ въ право личности; въ послѣднемъ случаѣ римское право, въ виду этого, и давало *actio injuriarum*.

Если поэтому нѣкоторые думаютъ, что права личности слѣдуетъ отождествить съ нематеріальными правами, то это ошибочно: право личности неотчуждаемо, нематеріальное — отчуждаемо; нематеріальное благо, которое заключалось прежде въ сферѣ личности, можетъ также выйти изъ этой сферы, подобно рожденному ребенку. И если подобное, вышедшее изъ сферы личности произведеніе человѣкъ продолжаетъ называть *своимъ*, то этимъ указывается лишь историческій фактъ его происхожденія. Это совершенно подобно

тому, когда ребенка называют своимъ ребенкомъ, не нарушая его самостоятельности, или когда производитель называетъ отчужденный тѣлесный товаръ все еще своимъ товаромъ. Смѣшеніе права личности и нематеріальнаго блага покоится на ошибкахъ юридической конструкціи этихъ правъ.

§ 39. Объектомъ права на нематеріальныя блага есть или *отлившаяся въ опредѣленную форму идея*, или получившій опредѣленное выраженіе *эстетическій или техническій образъ*. Слѣдуетъ различать этотъ объектъ отъ тѣхъ тѣлесныхъ вещей, которыя образуются вмѣстѣ съ созданіемъ указанныхъ формъ и выраженій. Раньше не было ничего чаще, чѣмъ смѣшеніе собственности на рукопись съ нематеріальнымъ правомъ на содержаніе рукописи. Между тѣмъ это совершенно различныя вещи, что видно уже изъ того, что содержаніе рукописи можетъ быть сразу переписано въ трехъ или четырехъ экземплярахъ, а также изъ того, что иногда могутъ получить бытіе совершенно оформленныя идеи, которыя авторъ вовсе не закрѣпляетъ въ рукописи. Всякое приурочиваніе авторскаго права къ этому тѣлесному праву ошибочно и приводитъ къ ложнымъ выводамъ. Точно также нѣтъ ничего болѣе ошибочнаго, когда въ ученіи о правѣ на изобрѣтенія, отождествляютъ изобрѣтеніе съ какой-нибудь моделью, въ которой впервые воплотилось изобрѣтеніе, или когда въ области произведеній искусства не различаютъ картины художника, какъ тѣлесной вещи, отъ содержанія картины, которое принадлежитъ художнику даже тогда, когда тѣлесная картина скопирована или фотографически размножена, и которое остается за художникомъ даже тогда, когда онъ отчуждилъ тѣлесную картину. Еще въ французскомъ правѣ сказывается это смѣшеніе въ неправильномъ допущеніи, будто съ отчужденіемъ картины переходитъ и право на произведеніе искусства, воплощенное въ картинѣ.

§ 40. Всякое нематеріальное право возникаетъ посредствомъ *творчества*, т. е. путемъ облеченія въ опредѣленную форму созданной авторомъ въ силу духовной инициативы идеи. Неважно, является ли это оформленіе результатомъ быстрого полета гения или долготѣхнхъ изысканій и размышленій; здѣсь не принимается также во вниманіе и то обстоятельство, если на автора оказала вліяніе игра случая и помогла найти выраженіе идеѣ, которая до того времени смутно предъ нимъ носилась. Какъ бы ни было велико внѣшнее вліяніе, существо творчества составляетъ внутренняя переработка, хотя бы она состояла только въ перенесеніи наблюденія на нѣчто новое.

Напротивъ, открытіе никогда не можетъ создать нематеріальнаго права. Совершенно неправильно было бы напр. дать открывшему новую рѣку исключительное право заносить эту рѣку на карты, или открывшему планету исключительное право ея научнаго изслѣдованія, или открывшему чужую рукопись исключительное право ее публиковать, или открывшему употребляемый среди дикихъ народовъ полезный техническій пріемъ получить на него патентъ. Всякое перенесеніе правилъ объ изобрѣтеніяхъ въ область открытій спшибочно, приводитъ къ ограниченію человѣческаго прогресса и связываетъ свободный ростъ науки. Если бы открывшій вавилонскую надпись имѣлъ исключительное право публиковать и переводить ее, то намъ скоро пришлось бы распрощаться съ наукой.

Итакъ, слѣдовательно, безусловно необходимо творчество. Но иногда для того, чтобы возникло нематеріальное право или по крайней мѣрѣ возникло въ полной своей силѣ, требуется еще нѣчто дальнѣйшее, именно *заявленіе*, т. е. сдѣланное предъ публичнымъ учрежденіемъ сообщеніе, что на данное произведеніе должно существовать право. Со стороны объективнаго права такое требованіе будетъ весьма цѣлесообразно тогда, когда можетъ оказаться сомнительнымъ, хочетъ ли творецъ идеи вообще имѣть на нее право, или нѣтъ. Въ частности это относится къ техническимъ идеямъ, въ особенности къ мелкимъ изобрѣтеніямъ; но и съ художественными образцами дѣло обстоитъ совершенно иначе, чѣмъ съ картиной: существуетъ безчисленное множество образцовъ (рисунковъ), на которые вовсе не желаютъ пріобрѣтать исключительнаго права, въ то время какъ картина или композиція настолько связана съ личнымъ творчествомъ, что тотчасъ приходитъ мысль, что авторъ хочетъ имѣть прочное право на такое твореніе своего духа.

Иногда объективное право можетъ требовать, помимо заявленія, еще *испытанія* и *утвержденія* со стороны власти, что, въ особенности, можетъ имѣть своей цѣлью выяснить положеніе вещей и точно опредѣлить сферу распространенія отдѣльныхъ идей. Такъ въ правѣ на изобрѣтенія пришли къ *патентамъ*, которые выдаются на основаніи предварительныхъ испытаній.

§ 41. Содержаніе нематеріальнаго права не можетъ состоять въ томъ, чтобы нематеріальное благо было во всѣхъ безъ исключенія отношеніяхъ предоставлено только управомоченному. Безумно было бы требовать, чтобы никто, кромѣ автора, не смѣлъ носить въ своемъ умѣ его стихотвореніе или повторять его про себя. Подобныхъ при-

тизаний не можетъ предъявлять въ своей области даже собственникъ тѣлесныхъ вещей; очень часто нельзя избѣжать извѣстнаго участія третьихъ лицъ въ пользованіи даже тѣлесными вещами, напр. когда кто-нибудь построилъ фасадъ, который доставляетъ удовольствіе не только ему, но и всѣмъ сосѣдямъ, или имѣетъ свѣтъ, который освѣщаетъ также и сосѣднюю мѣстность. Разница только въ томъ, что, благодаря фиксаціи тѣлесныхъ вещей (по крайней мѣрѣ твердыхъ) въ опредѣленномъ пространствѣ ихъ возможно фактически запереть отъ внѣшняго міра (владѣніе на правѣ собственности), а съ нематеріальными благами этого сдѣлать нельзя; поэтому исключительное право на эти блага по необходимости стоитъ ниже исключительнаго права собственника тѣлесныхъ вещей.

Право это можетъ поэтому быть только правомъ на извѣстнаго рода превращенія нематеріальнаго блага въ капиталъ, причемъ и здѣсь превращеніе блага въ капиталъ въ домашнемъ кругу ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться нарушеніемъ исключительнаго права. Господство изобрѣтателя и въ домашнемъ кругу было бы вторженіемъ, въ высшей степени противорѣчащимъ нашему культурному порядку. Поэтому уже давно и справедливо признали, что управомоченный по патенту не можетъ помѣшать хозяйкѣ примѣнить его изобрѣтеніе у себя на кухнѣ или ученому зажигать его патентованный источникъ свѣта въ своемъ рабочемъ кабинетѣ. Точно такъ-же слѣдуетъ признать, что нельзя запретить на основаніи авторскаго права просто списать рукопись или срисовать картину, чтобы самому на нее смотрѣть, или воспроизвести музыкальное произведеніе въ частномъ домѣ.

Но совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло, когда пользованіе изобрѣтеніемъ выходитъ за предѣлы домашняго круга; въ такомъ случаѣ говорятъ о промышленномъ пользованіи изобрѣтеніемъ. Какъ я уже сказалъ въ своемъ Handb. d. Patentr. стр. 432 сл., выраженіе „промышленномъ“ слѣдуетъ здѣсь понимать въ широкомъ смыслѣ; такъ, въ частности слѣдуетъ признать промышленнымъ государственное пользованіе изобрѣтеніемъ въ широкомъ объемѣ, напр. въ государственныхъ учрежденіяхъ, или пользованіе раскаленными тѣлами для освѣщенія улицъ со стороны общинъ и т. д. Важно не то, чтобы примѣненіе изобрѣтенія не производилось въ цѣляхъ выгоды или какъ вспомогательное средство спекуляціи, а то, чтобы оно не выходило за предѣлы частнаго, индивидуальнаго. Впрочемъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что пользованіе считается промышленнымъ и тогда,

когда оно только совершается въ промышленномъ заведеніи безъ прямого отношенія къ предмету промысла, напр. когда калильные лампочки примѣняются въ лавкѣ или на фабрикѣ; пользованіе при промыслѣ считается промышленнымъ, хотя-бы данное промышленное производство было направлено на другіе предметы. При авторскомъ правѣ говорятъ въ этомъ случаѣ о *публичности*, выражая мысль, что публичное воспроизведеніе воспрещается безъ согласія автора. Понятіе публичнаго слѣдуетъ здѣсь понимать какъ противоположность домашнему; этимъ понятіемъ хотятъ и здѣсь сказать, что жилище, домъ и дворъ свободны отъ исключительныхъ притязаній автора.

§ 42. Всякое нематеріальное право имѣетъ свои *ограниченія*. Не только въ смыслѣ вышеуказаннаго ограниченія областью промышленной и публичной—оно терпитъ ограниченія даже въ своемъ собственномъ кругу. Въ особенности могутъ къ нимъ дать поводъ: 1) соображенія международнаго оборота; такъ, одно изъ положеній права на изобрѣтеніе гласитъ, что флота на иностранныхъ экипажахъ внутри страны допускается несмотря на то, что они построены съ нарушеніемъ гарантированнаго патентомъ права. 2) Ограниченіе существуетъ въ цѣляхъ охраненія такъ называемаго фактическаго положенія владѣнія: въ патентномъ правѣ имѣется постановленіе, что если кто нибудь, не домогаясь патента, промышленнымъ образомъ извлекалъ доходъ изъ изобрѣтенія, то онъ можетъ продолжать пользоваться изобрѣтеніемъ, хотя-бы третье лицо получило на него въ это время патентъ. 3) При извѣстныхъ обстоятельствахъ дозволяется добавочное пользованіе чужими нематеріальными правами, именно, когда, благодаря соединенію этого добавочнаго пользованія съ другими средствами достигается такая общая цѣль, которую иначе было-бы трудно достигнуть. Такъ напр. хрестоматія, отвѣчающая очень важнымъ потребностямъ, можетъ появиться только благодаря тому, что собираются вмѣстѣ не принадлежащіе издателю произведенія авторовъ. Въ этомъ случаѣ имѣются хорошія основанія для того, чтобы авторъ, который этимъ въ кругу своихъ собственныхъ отношеній мало затрагивается, подчинился такой цѣлесообразной дѣятельности. 4) И другіе интересы человѣчества могутъ иногда требовать ограниченія нематеріальныхъ правъ; такъ, въ частности признано, что исключительное право на исполненіе музыкальных произведеній должно при извѣстныхъ обстоятельствахъ, напр. при благотворительныхъ концертахъ и народныхъ

увеселеніяхъ, отступить назадъ. 5) Наконецъ, должна быть дана послѣдняя возможность, возможность принудительнаго отчужденія во имя охраны интересовъ цѣлаго противъ чрезмѣрнаго вліянія индивидуума. 6) Послѣднее средство защиты противъ этого вліянія даетъ положеніе, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ нематеріальное право можетъ быть потеряно вслѣдствіе злоупотребленія.

§ 43. Виды участія въ правѣ на нематеріальное благо различны, подобно тому какъ различны виды участія въ правахъ на тѣлесныя вещи. Подобно тому какъ тамъ на ряду съ собственностью существуютъ пользовладѣніе, залоговое право, реальные сервитуты, въ правахъ на нематеріальныя блага основное право, „полное право“ допускаетъ существованіе на ряду съ собою такихъ-же ограниченныхъ правъ, напр. пользовладѣнія или залогового права. Наиболѣе полное право и здѣсь обычно называютъ правомъ собственности; это не совсѣмъ точно, но другого подходящаго и общепризнаннаго выраженія нѣтъ. Кромѣ пользовладѣнія и залогового права въ области правъ на нематеріальныя блага развились между прочимъ еще слѣдующіе виды ограниченныхъ правъ:

а) *Право изданія*; главная область его примѣненія лежитъ въ авторскомъ правѣ, но встрѣчается оно и въ области правъ на изобрѣтенія. Оно даетъ управомоченному право пользованія, связанное съ долгомъ вѣрности тому, отъ кого право получено. Управомоченный—не только можетъ, но и долженъ пользоваться своимъ правомъ, такъ какъ этого требуютъ интересы главнаго управомоченнаго. Я поэтому въ свое время (*Autorrecht* стр. 290 сл.) сравнивалъ это право съ бенефициальными отношеніями въ средніе вѣка; болѣе удачной параллели я придумать не въ состояніи. Важно то, что право на нематеріальное благо содержитъ въ себѣ обязательственные элементы совершенно такъ же, какъ въ ленномъ правѣ права вещныя были неразрывно связаны съ правами обязательственными и личными.

в) Своеобразнымъ является также *право лиценцій* (дозволеній). Сущность его состоитъ въ томъ, что третье лицо получаетъ право пользованія нематеріальнымъ благомъ, но право не исключительное—наряду съ нимъ это право можетъ быть предоставлено другимъ. Чаше всего право лиценцій встрѣчается въ области правъ на изобрѣтенія: изобрѣтатель даетъ одной, нѣсколькимъ или многимъ фабрикамъ право пользоваться его изобрѣтеніемъ; эти фабрики могутъ тогда пользоваться изобрѣтеніемъ, но не имѣютъ права

требовать, чтобы такое пользование не было предоставлено другимъ. Въ авторскомъ правѣ главная область примѣненія лиценцій—это область театральныхъ представлений; авторы обычно даютъ театрамъ право исполненія ихъ произведеній, но право не исключительное.

§ 44. Подобно собственности, право на нематеріальное благо даетъ управомоченному *негативное притязаніе*, т. е. право требовать, чтобы никто не вторгался въ область его права; но для того, чтобы такое требованіе могло быть вызвано къ жизни, нуженъ особый поводъ, а именно нарушеніе покойнаго пользованія правомъ—безпокойство. Послѣднее есть тотъ вѣтеръ, который раздуваетъ тлѣющія искры и доводитъ право до состоянія кипѣнія. Управомоченный можетъ требовать отъ своего противника, чтобы тотъ прекратилъ свои посягательства на все то время, пока право на нематеріальное благо будетъ существовать.

Совсѣмъ другой характеръ носитъ *обязательственное право требованія возмѣщенія ущерба*. Оно основано на томъ, что можетъ нарушеніе покойнаго пользованія правомъ одновременно заключать въ себѣ нападеніе на имущественную эксплуатацію права на нематеріальное благо, совершенно такъ же, какъ нарушеніе пользованія правомъ собственности можетъ на время сдѣлать это пользование невозможнымъ или неполнымъ. Тогда возникаетъ обязательственное право требованія возмѣщенія ущерба, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда налицо имѣется еще этическая вина, въ видѣ умысла или, по крайней мѣрѣ, небреженія. Германскіе законы требуютъ иногда наличности грубаго небреженія, и въ тѣхъ случаяхъ, когда они это дѣлаютъ, мы должны съ этимъ считаться; основывать противоположное мнѣніе на правилахъ гражданскаго уложенія неправильно, такъ какъ специальный законъ имѣетъ преимущественную силу (ст. 32 закона о введеніи въ дѣйствіе гражд. улож.). Самое большее, что можно допустить въ случаяхъ, когда нѣтъ этической вины, это—искъ въ размѣрахъ обогащенія; но и въ этомъ искѣ должно быть отказано, когда ему противорѣчитъ содержаніе специального закона. И въ этомъ случаѣ сила специального закона не парализуется гражданскимъ уложеніемъ; уже прежнее право содержало въ себѣ постановленія, подобныя §§ 823, 812 гражд. улож. и все-же въ специальные законы были введены эти ограниченія; они поэтому продолжаютъ дальше существовать¹⁾, какъ специальные нормы, основанныя на особенностяхъ предмета.

¹⁾ Такъ, напр., во всемъ, что касается патентнаго права, ср. мой Handbuch des Patentrechts стр. 561.

Когда этическая вина достигает высоких размѣровъ, въ частности, когда правонарушеніе является умышленнымъ, наряду съ гражданско-правовой защитой можетъ быть дана защита уголовно-правовая. Эта уголовно-правовая дѣятельность имѣетъ свои особенности: уголовное преслѣдованіе начинается только по заявленію потерпѣвшаго, которое можетъ быть взято обратно, и одновременно съ личнымъ наказаніемъ виновный можетъ быть приговоренъ еще къ особому штрафу въ пользу потерпѣвшаго, такъ называемой буссѣ.

§ 45. Права на нематеріальныя блага распадаются на два вида: права на оформленныя идеи *эстетическаго* и права на оформленныя идеи *техническаго* характера.

Права на нематеріальныя блага эстетическаго характера въ свою очередь распадаются на такія, гдѣ идея воплотилась въ языкѣ, и такія, гдѣ формой для нея послужили пространство или свѣтъ. Идеи перваго рода воспринимаются нами черезъ слухъ или подобнымъ образомъ, идеи второго рода черезъ глаза. Языкъ въ свою очередь можетъ быть или языкомъ понятій, на которомъ мы, пользуясь извѣстными звуковыми знаками, такъ называемыми словами, сообщаемъ другъ другу понятія, или языкомъ тоновъ, который, благодаря отношеніямъ тоновъ между собой, дѣйствуетъ на наше ухо и душу. Идеи, воплотившіяся въ языкѣ, составляютъ содержаніе такъ называемаго *литературнаго* авторскаго права¹⁾, имѣющаго уже многовѣковую исторію. Потребность въ немъ появилась одновременно съ тѣмъ, какъ стало возможнымъ механическими способами (книгопечатаніе) безгранично размножать и распространять литературное произведеніе. Прежде всего заволновалась гильдія книгопродавцевъ, которая не могла примириться съ тѣмъ, чтобы всякій имѣлъ право перепечатывать книгу, на первое изданіе которой ушло такъ много денегъ,—для перепечатанія требуется конечно меньше труда и расходовъ. Средство, которымъ воспользовались гильдіи книжныхъ продавцевъ, была привилегія. Такія привилегіи впервые появились въ венеціанской республикѣ, затѣмъ во Франціи и Германіи; привилегіи раздавались императоромъ, а также и владѣтельными князьями. Первоначально привилегіи имѣли очень мало связи съ правами авторовъ, такъ какъ онѣ выдавались не имъ, а книготорговцамъ, и независимо отъ того, старое или

¹⁾ Ср. §§ 40, 45 закона объ авторскомъ правѣ, о патентномъ правѣ мой Handbuch стр. 578, 908.

новое произведение они печатали. Постепенно это должно было измениться. Пришлось сдѣлать различіе между старыми и новыми произведениями, и съ 16 столѣтія образуется идея духовной собственности. Первое признаніе это право нашло уже въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ городахъ, но признаніе непостоянное; въ общемъ видѣ идея духовной собственности проявилась въ англійскомъ законѣ 1709 г. За нимъ послѣдовали нѣмецкіе и французскіе законы. Въ Германіи существовалъ законъ объ авторскомъ правѣ 11 іюля 1870 г., который впрочемъ воплотилъ въ себѣ воззрѣнія болѣе ранней эпохи. 19 іюля 1901 г. изданъ новый законъ, который однако оставляетъ желать многого; въ немъ встрѣчаются печальныя ошибки по содержанию и редакціоннаго характера, не выдержанъ даже языкъ гражд. уложенія; постановленія его часто неопредѣленны, а съ другой стороны слетены такъ казуистично, что кажется, что имѣешь передъ собой какой либо законъ прежнихъ временъ.

Авторское право на литературныя произведенія состоитъ въ томъ, что авторъ имѣетъ исключительное право пользоваться своимъ произведеніемъ, какъ предметомъ промысла. Дѣлается это путемъ его размноженія и распространенія. Размножается произведение главнымъ образомъ при помощи печати; но и переписываніе составляетъ исключительное право автора, поскольку оно дѣлается съ промышленными цѣлями, напр. переписываніе для распространенія или для того, чтобы по переписанному устроить публичное чтеніе или по нему дирижировать на публичномъ концертѣ. Пользованіе можетъ вылиться также въ формѣ публичнаго чтенія, сопровождаемаго игрой или безъ нея. Но и сама игра можетъ быть видомъ пользованія, поскольку смыслъ ея заключается въ томъ, чтобы мимикой замѣнить слова, какъ напр. всякій балетъ, всякое хореографическое представленіе, имѣющее цѣлью мимическую передачу идей. Однако не всякое публичное чтеніе поставлено подъ защиту закона, а лишь чтеніе или, болѣе того, исполненіе драматическихъ и музыкальных произведеній; исполненіе—публичное—такихъ произведеній всегда есть исключительное право автора, чтеніе же другихъ произведеній лишь до тѣхъ поръ, пока они не опубликованы, но запрещеніе публично читать безъ позволенія автора его неопубликованныя произведенія основано не на авторскомъ правѣ, а на правахъ личности; съ точки зрѣнія авторскаго права безразлично, опубликовано или нѣтъ произведеніе, и нѣтъ основаній, съ точки зрѣнія авторскаго права, дѣлать различіе

между опубликованными и неопубликованными произведениями. Для исполненія драматическихъ произведеній мало одного чтенія извѣстныхъ словъ; нужно, чтобы читающій забылъ о своей личности и воплотилъ въ себѣ личность того, отъ имени котораго онъ говоритъ и дѣйствуетъ; тогда чтеніе получаетъ особенное значеніе.

Такимъ образомъ исполненіе имѣетъ для *сценическихъ произведеній* особенное значеніе. Поэтому уже въ силу прежняго закона ихъ исполненіе составляло исключительное право автора.

Наоборотъ исключительное право исполненія музыкальныхъ произведеній недраматическаго характера предоставлялось автору лишь тогда, когда произведеніе еще не было опубликовано или на опубликованныхъ (отпечатанныхъ) экземплярахъ имѣлась ясная оговорка, что онъ всѣ права на данное произведеніе удерживаетъ за собою. Съ полнымъ основаніемъ это теперь измѣнено, и особой оговорки уже не требуется; несмотря на это, защита противъ самовольныхъ исполненій все еще дается въ весьма ограниченныхъ размѣрахъ. Въ частности всякій имѣетъ право публично исполнять чужое произведеніе, если онъ за это не получаетъ вознагражденія ¹⁾ или если доходъ съ исполненія имѣетъ быть обращенъ на благотворительныя цѣли. Это справедливо; за то не выдерживаетъ никакой критики постановленіе, по силѣ котораго публичное исполненіе въ союзахъ безусловно допускается, лишь бы только въ роли исполнителей не выступалъ никто, кромѣ членовъ союза. Къ какому это приводитъ результатамъ и какъ такимъ образомъ право можетъ стать почти иллюзорнымъ, я покажу гдѣ либо въ другомъ мѣстѣ. Впрочемъ оговорка подъ заглавіемъ или въ началѣ книги о томъ, что всѣ права по данному произведенію авторъ удерживаетъ за собою, все еще имѣетъ значеніе въ международномъ правѣ, о чемъ скоро будетъ идти рѣчь.

То, что за авторомъ такимъ образомъ удерживается, это его сочетаніе идей. За авторомъ такимъ образомъ признается исключительное право на его произведеніе. Произведеніе есть нѣчто творческое—творческое сочетаніе понятій или звуковыхъ мотивовъ.

Отсюда вытекаетъ, что исключительное право автора печатать и исполнять свое произведеніе простирается на всю сферу дѣй-

¹⁾ И не преслѣдуетъ промышленныхъ цѣлей; исполненіе музыкальнаго произведенія недопустимо напр. тогда, когда цѣль его — завлечь публику въ ресторанный садъ.

ствія созданнаго имъ блага, и что въ частности внѣшнія измѣненія не могутъ привести къ тому, чтобы исчезла внутренняя сущность созданнаго авторомъ блага. Отсюда само собой вытекаетъ, что авторъ долженъ быть защищенъ отъ перевода его произведенія, воплощеннаго въ словѣ, и транскрипціи произведенія, воплощеннаго въ звукѣ. А затѣмъ самый переводъ или транскрипція могутъ конечно въ свою очередь быть творческими произведеніями, хотя и низшаго достоинства, и стоять подъ защитой авторскаго права; возможно поэтому такое стеченіе двухъ авторскихъ правъ, что участникъ въ одномъ правѣ долженъ будетъ воздержаться отъ вторженія въ правовую область другого, оригинальный авторъ въ область переводчика и наоборотъ; имъ придется вступить между собой въ соглашеніе, если переводъ назначенъ для публичнаго распространенія.

Особыя ограниченія авторское право уже издавна терпитъ въ области *газетнаго оборота*, и долгое время газетныя статьи собственно говоря стояли внѣ правовой защиты. Понемногу создалось правило, по силѣ котораго научныя и художественныя сочиненія составляютъ предметъ исключительнаго права ихъ автора, и даже перепечатка передовыхъ статей можетъ быть запрещена при помощи особой оговорки. По отношенію къ газетамъ и періодическимъ изданіямъ такая оговорка можетъ имѣть еще другое значеніе,—она парализуетъ ¹⁾ тѣ крайнія ограниченія, которыя на этотъ предметъ существуютъ въ международномъ оборотѣ.

Подобно всѣмъ правамъ на нематеріальныя блага авторское право ограничено *срокомъ*, и уже издавна этотъ срокъ опредѣляется жизнью автора, такъ какъ нежелательно, чтобы произведеніе стало свободнымъ еще при жизни его творца. Нашъ законъ охраняетъ авторское право во все время жизни автора и въ теченіе 30 лѣтъ послѣ его смерти; охраняется авторское право во всѣхъ его проявленіяхъ, слѣдовательно опубликованіе и исполненіе. Трудную проблему составляетъ вопросъ о томъ, долго ли слѣдуетъ охранять произведенія, не изданныя при жизни автора. Существуютъ двѣ точки зрѣнія: охраняется или авторское право

¹⁾ Кромѣ защиты, которую ему даетъ авторское право, потерпѣвшій можетъ воспользоваться законами о недобросовѣстной конкуренціи. Обычныя извѣстія не пользуются защитой авторскаго права; но если газета будетъ разъ за разомъ, номеръ за номеромъ перепечатывать извѣстія другой, то это будетъ предосудительная § 826 гражд. улож. недобросовѣстность.

умершаго или дѣятельность издателя. Съ полнымъ основаніемъ мы издавна усвоили первую точку зрѣнія, такъ какъ признавать за издателемъ, который отъ себя въ произведеніе ничего не вноситъ, авторское право, такъ же мало оснований, какъ предоставить путешественнику, который открылъ новую гору, исключительное право наносить ее на карты.

По новому закону объ авторскомъ правѣ защита неизданныхъ при жизни автора произведеній нормально продолжается тридцать лѣтъ послѣ его смерти, но во всякомъ случаѣ не меньше десяти лѣтъ послѣ перваго (законотѣрнаго) опубликованія. Поэтому, если напр. произведеніе было опубликовано черезъ 29 лѣтъ послѣ смерти автора, то оно все-же будетъ пользоваться еще десятилѣтней защитой; но этой десятилѣтней защитой оно будетъ пользоваться и тогда, если произведеніе будетъ опубликовано лишь черезъ 30 лѣтъ. Только тотъ, кто претендуетъ на защиту, долженъ доказать, что онъ авторское право посредственно или непосредственно (въ составѣ наслѣдства автора) получилъ. § 29 закона объ авторскомъ правѣ даетъ крайне неудачное правило, которое должно облегчать это доказываніе.

Я уже дѣлалъ нѣкоторые намеки на международную защиту. По старому праву законы защищали лишь произведенія, туземцевъ или произведенія, которыя появились внутри страны; иностранныя произведенія стояли внѣ защиты права и при томъ независимо отъ того, переиздавались-ли они въ оригиналѣ или въ переводѣ. Постепенно нѣкоторые междугосударственные договоры пошли навстрѣчу назрѣвающей потребности; но серьезное улучшеніе внесла лишь бернская литературная конвенція отъ 9 сентября 1889 г., значительно расширенная 4 мая 1896 г.. По силѣ этой конвенціи подданные договорившихся странъ пользуются на всемъ ихъ пространствѣ той защитой, которая въ данной странѣ дается ея подданнымъ; болѣе того, если подданный какой-либо страны, не примкнувшей къ конвенціи (напр. подданный Соединенныхъ Штатовъ), впервые выпуститъ свое произведеніе въ предѣлахъ территоріи договорившихся странъ, то онъ пользуется на ихъ почвѣ авторской защитой. Но все-же защита иностранцевъ не совсѣмъ равна той, которая дается гражданамъ. Музыкальныя произведенія недраматическаго характера, газетныя и журнальныя статьи (за исключеніемъ романовъ и новеллъ) должны быть снабжены особой оговоркой, если авторъ хочетъ удержать за собой исключительное на нихъ право. Въ общемъ авторамъ дана также

защита противъ самовольныхъ переводовъ, но лишь съ тѣмъ ограниченіемъ, что защита прекращается, если въ теченіе десяти лѣтъ не появится авторизованнаго перевода.

Большое значеніе въ области авторскаго права имѣетъ производное право издателя, котораго прежде считали полнымъ право-преемникомъ автора. Это было неправильно; издатель имѣетъ лишь ограниченное извѣстными предѣлами право извлеченія выгодъ изъ созданнаго авторомъ блага. Въ частности опъ, въ случаѣ сомнѣнія, не имѣетъ права перевода, права публичнаго исполненія, права переработки произведенія; авторъ имѣетъ также право черезъ двадцать лѣтъ помѣстить ¹⁾ свое произведеніе въ полномъ собраніи своихъ сочиненій. Помимо того право издателя связано съ значительными обязанностями, а потому или вовсе не можетъ быть отсуждено или лишь при условіи доставленія достаточнаго обезпеченія, что эти обязанности будутъ исполнены. Объ этихъ отношеніяхъ мы имѣемъ специальный законъ, законъ о правѣ изданія (*Gesetz über Verlagsrecht*) отъ 19 іюня 1901; о передачѣ правъ издателя говоритъ его § 28. Своеобразное quasi—вещное право издателя, подобно феодальному праву связанное съ обязанностями, законъ, по моему примѣру, называть правомъ изданія (§ 8).

§ 46. Право на *произведенія изящныхъ искусствъ* регулировано въ Германіи законами, которые восходятъ къ болѣе раннему періоду. Это законъ о художественныхъ произведеніяхъ 9 января 1876, законъ о фотографіяхъ 10 января и законъ объ образцахъ 11-го января 1876. Они въ большей части устарѣли и крайне нуждаются въ переработкѣ.

Какъ въ авторскомъ правѣ, рѣчь здѣсь идетъ о защитѣ не отдѣльныхъ экземпляровъ художественнаго произведенія, а лежащей въ основѣ его идеи; но здѣсь мы уже имѣемъ дѣло не съ отвлеченной идеей—понятіемъ, а идеей—образомъ, тѣмъ общимъ, что лежитъ въ основѣ массы экземпляровъ одной и той же картины; она есть то, что я называлъ воображаемой картиной ²⁾.

Подъ понятіе изящныхъ искусствъ подходятъ живопись и ваяніе, но не зодчество. Въ этомъ отношеніи приходится признать, что зодчество скорѣе напоминаетъ ремесло, чѣмъ свободное искусство, такъ какъ оно имѣетъ своей задачей не свободное творче-

¹⁾ Къ сожалѣнію, не озаботились придать этому постановленію (§ 2 зак. объ изд. пр.) обратную силу, что было бы крайне желательно.

²⁾ См. *Das artistisch—literarische Kunstwerk*, стр. 37 сл.

ство, а практическія цѣли. Затѣмъ нужно обратить вниманіе на то, что въ большинствѣ случаевъ произведенія зодческаго искусства стоятъ такъ открыто, что очень трудно приказомъ запретить постороннимъ лицамъ его воспроизведеніе. Но въ нѣкоторыхъ предѣлахъ защита была-бы вполне уместна, и остается только желать ея отъ какого либо будущаго закона. Нельзя напр. допустить, чтобы въ то время, какъ архитектору приходится вести борьбу съ конкуренціей, всякій имѣлъ право безъ его согласія копировать важныя части его построекъ. Въ законѣ имѣются еще другія важныя ограниченія, въ частности, что произведеніе живописи можетъ быть изображено средствами ваянія и, наоборотъ, произведеніе ваянія можетъ быть изображено средствами живописи; трудно подыскать сколько нибудь разумныя основанія для такого ограниченія.

Наоборотъ, справедливо отбросили прежнее ограниченіе, по силѣ котораго запрещалось только воспроизведеніе механическими средствами, т. е. запрещалось размножать чужое произведеніе средствами печати какъ, напр., гравировкой, выжиганіями и т. д. По германскому закону запрещено скопировать произведеніе рукой и потомъ опубликовать копію. Воспроизведеніе чужой вещи допустимо лишь тогда, когда это дѣлается не съ промышленными цѣлями—напр., для упражненія, обученія или собственнаго пользованія.

Ничего нельзя также возразить противъ оговорки закона, что можно извѣстнымъ образомъ передавать выставленные на улицахъ и площадяхъ произведенія, если только они тамъ поставлены не на время. Нельзя отрицать потребности украшать публичныя площади и ознакомить публику съ видомъ находящихся тамъ художественныхъ произведеній. Но германскій законъ идетъ слишкомъ далеко: выставленный напр. въ другомъ городѣ на публичной площади мраморный памятникъ онъ позволяетъ воспроизвести въ бронзѣ, требуя только перехода къ другой техники, какъ, напр., здѣсь, гдѣ вмѣсто мрамора была взята бронза и т. д. Это уже слишкомъ: было-бы достаточно позволить передавать такіе памятники средствами живописи, способомъ, которымъ публика обычно знакомится съ ландшафтами или уличными видами.

Совершенно недостаточна защита, которую законъ даетъ *фотографіямъ*, исходя изъ мысли, что фотографіи, собственно говоря, не суть художественныя произведенія: эта мысль совершенно ошибочная, такъ какъ она не замѣчаетъ, что и здѣсь важенъ художественный взглядъ, проявляющійся въ той манерѣ, съ которой фо-

тографъ воспроизводитъ природу, и что техника здѣсь также является результатомъ упражненія и художественнаго вкуса.

Промышленные рисунки отличаются отъ художественныхъ произведеній тѣмъ, что они не являются воплощеніемъ свободной художественной идеи, а лишь средствомъ для эстетической отдѣлки предметовъ употребленія, при чемъ для отдѣлки пользуются силами живописи или ваенія; отдѣлка можетъ быть исключительно орнаментальная, безъ всякихъ намековъ на картины внѣшняго міра, со стремленіемъ вліять на глазъ зрителя линіями и красками, или такая, которая стремится напоминать о предметахъ внѣшняго міра; рисунокъ въ ней можетъ быть болѣе точный или, наоборотъ въ ней можетъ преобладать общій колоритъ, когда впечатлѣніе достигается „Changeant“, перемѣной свѣта и красокъ, игрой освѣщающихъ силъ; отказать подобнымъ узорамъ въ защитѣ только потому, что имъ не хватаетъ законченности рисунка значитъ не понимать современнаго искусства и ея потребностей.

И по отношенію къ промышленнымъ рисункамъ рѣчь идетъ не о защитѣ даннаго экземпляра, а о защитѣ лежащей въ основѣ его идеи. Поэтому и здѣсь подражаніе считается недозволеннымъ, когда оно доходитъ до передачи существенныхъ сторонъ этой идеи, того, что въ художественномъ произведеніи составляетъ воображаемую картину. И здѣсь наше дѣйствующее право знаетъ ограниченіе, по силѣ котораго рисунокъ живописнаго характера можетъ быть переданъ средствами ваенія и наоборотъ. Только путь, которымъ мы приходимъ къ этому правилу тутъ другой, чѣмъ выше: по здравому воззрѣнію авторъ рисунка можетъ претендовать на исключительное право его воспроизведенія лишь на данномъ родѣ издѣлій, напр. на издѣліяхъ обоевой или ковровой промышленности; законъ даетъ ему это право для издѣлій всякаго рода, съ тѣмъ только ограниченіемъ, что защита дается или для формъ живописи или для формъ ваенія, а отсюда уже само собой вытекаетъ, что вторая область свободна, т. е. область ваенія свободна предъ живописью, и область живописи предъ ваеніемъ. Поэтому въ то время какъ защита художественныхъ произведеній слишкомъ узка, защита рисунковъ слишкомъ широка.

А затѣмъ нужно замѣтить слѣдующее: защита художественныхъ произведеній продолжается, подобно авторской защитѣ, до истеченія 30 лѣтъ со дня смерти ихъ творца; защита фотографій чрезвычайно кратка: нормально она продолжается лишь пять лѣтъ и ограничивается защитой отъ механическаго воспроизведенія. За-

цита промышленныхъ рисунковъ отличается слѣдующій особенностью: она возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если произведеніе, прежде чѣмъ поступилъ въ оборотъ хоть одинъ экземпляръ, было заявлено предъ соответствующимъ должностнымъ лицомъ для внесенія въ регистръ рисунковъ; заявленіе удостовѣряетъ, что изобрѣтатель хочетъ воспользоваться защитой; защита продолжается по выбору одинъ, три или пятнадцать лѣтъ.

§ 47. Изъ всѣхъ нематеріальныхъ правъ самое важное въ хозяйственномъ отношеніи *право изобрѣтателя примѣнять силы природы* въ интересахъ достиженія человѣческихъ цѣлей. Такое изобрѣтеніе называется изобрѣтеніемъ въ спеціальному смыслѣ, этого слова; оно имѣетъ для человѣчества огромное значеніе. Изобрѣтенія вывели человѣчество изъ пораженія его силами природы; изобрѣтенія возвысили его и поставили въ возможность достигать все большаго и большаго господства надъ землей. Несмотря на это, право изобрѣтателя имѣетъ начальную дату только въ новое время, такъ какъ только новое время знаетъ развитую промышленность и вмѣстѣ съ тѣмъ систематическое примѣненіе и использование успѣховъ, достигнутыхъ изобрѣтателями въ области господства надъ силами природы. Все средневѣковье должно было довольствоваться монополіями на изобрѣтенія; князья раздавали ихъ безъ различія и изобрѣтателямъ и неизобрѣтателямъ, въ особенности тѣмъ, которые имѣли только ту заслугу, что переносили на родину видѣнныя ими за границей изобрѣтенія.

Впервые англійскій законъ 1623 г. поставилъ дѣло на новое основаніе: королю было запрещено раздавать монополіи, но за полезныя изобрѣтенія монополіи были предоставлены исключительно въ пользу изобрѣтателей на опредѣленный срокъ (сорокъ лѣтъ). Это было исходнымъ пунктомъ: монополія изобрѣтателя сдѣлалась благодаря этому принципиально иною въ сравненіи съ прочими монополіями. Значеніе ея основывалось на томъ, что изобрѣтатель создалъ, а отсюда оставался одинъ шагъ до той дальнѣйшей истины, что съ изобрѣтеніемъ уже начинается право, которое государство только признаетъ, а не создаетъ. Въ теченіе 18 столѣтія было издано нѣсколько законовъ объ изобрѣтеніяхъ, но главнымъ образомъ въ концѣ этого столѣтія, когда подъ вліяніемъ Соединенныхъ Штатовъ наступило оживленное движеніе законодательства объ изобрѣтеніяхъ.

19 вѣкъ ни чѣмъ такъ небогатъ въ области законодательства, какъ законами объ изобрѣтеніяхъ и патентахъ; здѣсь были выработаны различныя системы.

Англія до самого послѣдняго времени совершенно не имѣла опредѣленной системы предварительнаго испытанія, хотя не исключалось всякое предварительное испытаніе ¹⁾. Но впервые Соединенные Штаты создали настоящее патентное учрежденіе съ дѣйствительнымъ *предварительнымъ испытаніемъ*, такъ что только тотъ изобрѣтатель могъ получить призваніе права, изобрѣтеніе котораго послѣ строгаго *испытанія* оказывалось новымъ и достойнымъ патента. Позднѣйшее англійское законодательство съ 1852 г. пыталось выйти изъ затрудненія тѣмъ, что вызывало заинтересованныхъ лицъ заявить возможные протесты; Франція же и очень многія, слѣдовавшія за ней государства продолжали оставаться при *простой явочной системѣ*, по которой прямо дается патентъ, т. е. государство только объявляетъ, что изобрѣтеніе заявлено, и въ остальномъ предоставляетъ объективному ходу вещей рѣшить вопросъ, есть ли изобрѣтеніе или нѣтъ; о государственномъ признаніи здѣсь нѣтъ и рѣчи, здѣсь только регистрація явки, поэтому патентъ дается совсѣмъ безъ государственной гарантіи (*sans garantie du gouvernement*). Нѣмецкія государства въ свое время также дали нѣкоторые права изобрѣтателямъ, но все это не имѣло достаточнаго значенія до образованія Германской Имперіи, и даже послѣ образованія прошло еще нѣкоторое время, пока освободились отъ устарѣвшихъ представлений и обычныхъ предразсудковъ и поднялись до закона о патентахъ. Это произошло 25 мая 1877 г. Нѣкоторые, хотя и недостаточныя, улучшенія ввелъ законъ 7 апрѣля 1891 г.

Германская система характерна тѣмъ, что здѣсь соединяются вмѣстѣ и предварительное испытаніе, и вызовъ. Это послужило образцомъ для цѣлаго ряда законовъ, такъ, напр., въ Швеціи, Норвегіи, Даніи, Россіи, Венгріи, Австріи ²⁾.

Изобрѣтеніе въ объективномъ смыслѣ есть технически оформленная идея, состоящая въ своеобразномъ использованіи силъ природы; изобрѣтеніе въ субъективномъ смыслѣ есть знаніе этой идеи и знаніе того, что она ведетъ къ намѣченнымъ результатамъ. Кто это знаніе самостоятельно создалъ себѣ систематическими ли занятіями, или по минутному вдохновенію, тотъ изобрѣтатель. Что изобрѣтенія могутъ быть сдѣланы многими, лежитъ внѣ сомнѣнія; ясно, что можно вновь изобрѣсти уже изобрѣтенное давно по-

¹⁾ Значительнымъ успѣхомъ въ отношеніи многократно выдвигавшейся мною системы *предварительнаго испытанія* является новелла 18 декабря 1902 г.

²⁾ Handbuch des Patentrechts S. 43 слѣд.

тому ли, что оно позабыто, или просто потому, что изобрѣтатель ничего не зналъ о прежнихъ техническихъ результатахъ. Вообще изобрѣтеніе должно служить человѣческимъ цѣлямъ. Цѣли могутъ быть посредственными и непосредственными; и маленькое измѣненіе сложной машины часто достойно патентной защиты.

Итакъ изобрѣтеніе не всегда изобрѣтеніе *новаго*. Но если кто-нибудь достигнетъ знанія о томъ, что другой уже прежде выполнилъ подобное сочетаніе идей, и просто повторить это чужое, тотъ не будетъ изобрѣтателемъ; онъ только открылъ чужую, можетъ быть, забытую идею и не можетъ пользоваться защитой изобрѣтателя.

Изобрѣтательской защитой пользуется изобрѣтатель и только онъ, а не лицо, открывающее старое изобрѣтеніе; патентная защита дается только за *новое* изобрѣтеніе. Основаніе лежитъ въ томъ, что нельзя техническихъ пріобрѣтенія, доступныя уже человѣчеству, отнять въ пользу одного, хотя бы этотъ послѣдній и самостоятельно создалъ ихъ для себя. Но когда новизна такимъ образомъ исключается, нужно сообразоваться съ тѣмъ, настолько ли уже доступна человѣчеству техническая мысль, что оно совершенно владѣетъ ею. Германское законодательство, чтобы облегчить дѣло, дало опорные пункты; болѣе того, для избѣжанія неясностей оно достаточно твердо устанавливаетъ понятіе новизны: новизна нѣтъ, если изобрѣтеніе уже опубликовано гдѣ нибудь въ печати, т. е. сдѣлалось извѣстнымъ публикѣ, или если имъ гдѣ-нибудь на германской почвѣ открыто пользуются. Однако, напечатанное сто лѣтъ тому назадъ не принимается въ расчетъ, напр., газета 1788 г., содержащая извѣстіе объ употребленіи изобрѣтенія.

Изобрѣтатель благодаря *изобрѣтенію* получаетъ право, которое онъ свободно можетъ отчуждать и съ которымъ можетъ вообще поступать, какъ ему угодно, но право несовершенно характера. Его право личное, а не матеріальное. Если у него украдутъ идею, это будетъ нападеніе на его личность, но это также нарушаетъ и его несовершенно матеріальное право, что имѣетъ особенное значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ отчуждилъ изобрѣтеніе, и противоправное лишеніе направлено противъ пріобрѣтателя. Кромѣ указанныхъ онъ не имѣетъ никакихъ другихъ правомочій: если третье лицо между тѣмъ создастъ подобную же идею, предоставить ее публикѣ, либо обратить ее въ свою пользу, или, наконецъ, заявить ее къ патенту, то здѣсь изобрѣтатель безсильнъ. Совершенно иначе обстоитъ дѣло въ моментъ заявленія. Здѣсь его право крѣпко: онъ имѣетъ

первенство передъ всѣми будущими заявителями; а другія лица, тайно пользующіеся изобрѣтеніемъ, могутъ основывать свое право постольку, поскольку тайное пользованіе имѣло мѣсто въ моментъ заявленія.

Поэтому заявленіе (именно заявленіе образца) есть гражданское юридическое дѣйствіе, которое нужно дополнить дѣятельностью патентнаго учрежденія (или соотвѣтствующаго должностнаго лица), чтобы возникло полное право изобрѣтателя; и уже въ тотъ моментъ, когда на заявленіе послѣдуетъ офиціальное извѣщеніе, наступаетъ промежуточная ступень, ступень временной защиты. Изобрѣтеніе, если оно покажетъ ся патентному учрежденію достойнымъ защиты, офиціально оглашается, чтобы всякій въ продолженіе двухъ мѣсяцевъ могъ заявить протестъ. Въ случаѣ протеста возникаетъ административный процессъ между возражающимъ и заявителемъ. На основаніи его выносится рѣшеніе (съ возможностью обжалованія), которымъ патентъ присуждается или въ немъ отказывается.

Итакъ изобрѣтеніе главное дѣло; прочая правообразующая дѣятельность имѣетъ дополнительное значеніе. Отсюда вытекаетъ самъ собою выводъ: если недостаетъ изобрѣтенія, то нѣтъ данныхъ для права изобрѣтателя, несмотря на всякія государственныя подтвержденія, несмотря на патентированіе. Этимъ весьма существенно отличается наше новое право отъ идеи привилегій. Что касается привилегій, то тамъ, пока существуетъ привилегія, предполагается и право, и только съ уничтоженіемъ привилегіи оно можетъ угаснуть. Теперь не такъ: если нѣтъ изобрѣтенія, патентъ ничтоженъ съ самого начала. Однако германскій законъ ограничиваетъ эту идею тѣмъ, что можетъ наступить послѣдующее исцѣленіе: право неизобрѣтателя можетъ сдѣлаться правомъ изобрѣтателя, если по выдачѣ и публикаціи патента прошло 5 лѣтъ безъ того, чтобы недействительность получила силу ¹⁾. Недействительность патента становится предметомъ судебного разбирательства по иску о непризнаніи его дѣйствительности, который разбирается въ административномъ судѣ патентнаго учрежденія (вторая инстанція—имперскій судъ). Ничтожность создается въ пользу всѣхъ (не только истца); патентъ тогда становится не только ничтожнымъ, но и самое право никогда считается не возникшимъ, это непреложно установлено.

Оспариваніе патента также возможно именно тогда, когда кто-нибудь противоправнымъ образомъ отниметъ у другого изобрѣтеніе, зая-

¹⁾ Такъ по крайней мѣрѣ въ главныхъ случаяхъ недействительности.

вить его на себя и получить патентъ. Противъ такого противоправнаго дѣйствія существуютъ вообще три средства. Имѣющій право на изобрѣтеніе можетъ сдѣлать возраженіе противъ заявленія и воспрепятствовать выдачѣ патента. Это слѣдствіе, вытекающее изъ его индивидуальнаго и нематеріальнаго права; въ этомъ случаѣ онъ имѣетъ возможность въ продолженіе мѣсяца заявить изобрѣтеніе на себя, съ тѣмъ послѣдствіемъ, что первое, неправомѣрное заявленіе, сообщаетъ ему прежнюю дату (дату дня передъ публикаціей). Или онъ можетъ оспаривать патентъ послѣ его выдачи, что будетъ цѣлесообразно, если онъ, ничего не желая имѣть для себя, хочетъ изобрѣтеніе предать публичности. Или, наконецъ, онъ можетъ потребовать, чтобы выданный патентъ былъ перенесенъ на него; этого онъ можетъ требовать въ качествѣ вознагражденія противъ недозволенныхъ дѣйствій въ смыслѣ § 823, 249 гражд. улож.

Патентное право даетъ право на исключительное пользованіе идеей изобрѣтенія. Это пользованіе различно, смотря по роду изобрѣтенія. Различаютъ въ этомъ отношеніи *изобрѣтеніе продуктовъ* и *изобрѣтеніе способа производства*—различіе, которое во всякомъ случаѣ нельзя провести послѣдовательно; возможны изобрѣтенія, которыя соединяютъ въ себѣ то и другое.

Изобрѣтеніе новыхъ продуктовъ есть изобрѣтеніе, которое создаетъ новыя тѣлесныя вещи, которыя могутъ быть предметомъ употребленія и отчужденія. *Изобрѣтеніе способа производства* есть такое изобрѣтеніе, которое содержитъ методъ изготовленія, при чемъ возможно что методъ годенъ, какъ для тѣлесныхъ, такъ и нетѣлесныхъ результатовъ; если онъ приводитъ къ нетѣлесному результату, то не можетъ быть и рѣчи о патентѣ на продуктъ; но если онъ даетъ тѣлесный предметъ, то возможно такимъ способомъ добытому предмету дать патентную защиту: здѣсь можно соединить патентъ на производство и патентъ на продуктъ. Но возможно, что такимъ способомъ добытый предметъ старый или недостойнъ патентной защиты, тогда возможенъ патентъ на производство, только патентъ на производство и ничего больше. Такой патентъ тѣмъ не менѣе весьма часто имѣетъ огромное значеніе; едва ли можно придумать болѣе важное изобрѣтеніе, чѣмъ изобрѣтеніе способа приготовить искусственнымъ образомъ, безъ помощи органическихъ силъ природы, такую извѣстную матерію, какъ бѣлокъ или сахаръ. Связь между патентомъ на производство и патентомъ на продуктъ очевидна; кто имѣетъ исключительное право изготовить продуктъ, тотъ само собою понятно, имѣетъ также право примѣнять какой либо способъ, который

даетъ этотъ продуктъ. Между тѣмъ это только отчасти правильно. Ему во всякомъ случаѣ такой способъ производства предоставленъ настолько, что никто другой безъ его согласія не можетъ имъ воспользоваться. Несмотря на это, другой можетъ изобрѣсти новый способъ производства того же продукта и приобрести право. Изобрѣтеніе этого способа производства естественно вторгается въ область изобрѣтателя продукта и не можетъ быть примѣнено безъ согласія владѣльца патента на продуктъ; но оно, несмотря на это, новое изобрѣтеніе, такъ какъ существуетъ положеніе патентнаго права, что въ области одного изобрѣтенія всегда могутъ возникнуть новыя изобрѣтенія. Такъ можетъ случиться, что одинъ приобретаетъ патентъ на продуктъ, другой на способъ производства, что имѣетъ слѣдствіемъ отношеніе, аналогичное съ выше приведеннымъ отношеніемъ автора оригинала и переводчика: новое изобрѣтеніе производства можетъ быть осуществлено съ согласія обоихъ. Въ этомъ отношеніи имѣетъ особое значеніе, если кто съ патентомъ на продуктъ соединитъ и патентъ на производство; такъ какъ онъ тѣмъ самымъ исключаетъ всякому третьему, который желалъ бы вновь изобрѣсти способъ производства, всякую къ тому возможность.

Достойно замѣчанія еще и то, что патентъ на продуктъ даетъ только исключительное право на опредѣленный продуктъ, а не исключительное право на другой продуктъ съ тѣмъ же качествомъ; ибо существуетъ основное правило патентнаго права, что патентуется не результатъ, а то, что служитъ средствомъ для его достиженія. Такимъ образомъ, напр., патентуется не всякое средство, которое опредѣленнымъ образомъ утишаетъ боль или наводитъ сонъ, но только опредѣленное средство.

Таково отношеніе между патентомъ на продуктъ и патентомъ на производство. Исключительное право, вытекающее изъ изобрѣтенія продукта, слѣдующее: управомоченный можетъ, во 1-хъ, одинъ изготовлять продуктъ; во 2-хъ, одинъ отчуждать и пускать его въ оборотъ, и, въ 3-хъ, одинъ онъ можетъ пользоваться продуктомъ. Во всѣхъ этихъ отношеніяхъ его право подлежитъ однако вышеуказаннымъ ограниченіямъ нематеріальныхъ правъ: производство, отчужденіе и употребленіе постольку предоставляются, поскольку они носятъ промышленный характеръ, т. е. выходятъ изъ сферы частнаго хозяйства въ выше указанномъ смыслѣ.

При изобрѣтеніи способа производства дѣло идетъ исключительно о правѣ примѣнять этотъ способъ промышленнымъ образомъ,

будь то производство тѣлесныхъ продуктовъ, или нетѣлесныхъ результатовъ; сравниваютъ, напр., производство приготвленія красокъ съ производствомъ, посредствомъ котораго придаютъ вещамъ гладкую поверхность или осушиваютъ дома. Но если при производствѣ получается тѣлесный продуктъ, то, хотя бы этотъ продуктъ и не былъ защищенъ особымъ патентомъ, а былъ свободенъ, нужно выставить слѣдующій принципъ: продуктъ также принадлежитъ къ производству и есть его заключительный пунктъ, такъ какъ все производство увѣнчивается здѣсь въ тѣлесномъ результатѣ; поэтому изобрѣтатель производства никому не можетъ запретить распространять подобную матерію или пользоваться ею, поскольку она добыта въ другомъ производствѣ; но поскольку она создана такимъ же способомъ, отчужденіе и пользованіе его будетъ нарушеніемъ патента производства.

Это послѣднее имѣетъ особенное значеніе въ германской химической индустріи, такъ какъ здѣсь по особому опредѣленію закона продуктъ никогда не защищался, а только производство; то же самое имѣетъ силу по отношенію къ предметамъ питанія, удовольствія и леченія. Далѣе если хотѣть, чтобы продуктъ не былъ защищенъ патентомъ на производство, то слѣдствіемъ этого будетъ то, что за границей будутъ безнаказанно устраивать подобное производство, привозить продукты въ Германію и торговать ими, что уничтожаетъ смыслъ всей патентной защиты. Особенно былъ бы беззащитенъ изобрѣтатель по отношенію къ продуктамъ, которые производятся въ Голландіи, гдѣ не существуетъ патентной защиты, или въ Швейцаріи, гдѣ нѣтъ патентовъ на производство, и гдѣ также не существуетъ защиты для химическаго производства. Поэтому при всемъ стараніи изобрѣтатель не въ силахъ былъ бы помѣшать, чтобы, напр., вновь изобрѣтенное производство бѣлка не было основано въ Базелѣ и продукты его не были распространены въ Германіи. Но это не такъ: производство въ Базелѣ мы не можемъ запретить, а распространеніе въ Германіи можемъ.

Право изобрѣтателя терпитъ нѣкоторые ограниченія, изъ которыхъ самое важное право *предварительнаго пользованія*. Имѣетъ предварительное пользованіе тотъ, кто до заявленія патента другимъ уже промышленнымъ образомъ примѣнялъ идею изобрѣтателя, потому ли, что самъ ее также изобрѣлъ, или потому, что примѣнялъ ее эмпирически и пользовался ея выгодами, не сознавая этого. Такъ если кто-нибудь узнаетъ, что извѣстная степень температуры при производствѣ даетъ особенныя выгоды, то онъ дѣлаетъ от-

крытіе какъ только онъ эту выгоду откроетъ въ какой нибудь отрасли промышленнаго пользованія; но возможно, что другой уже давно съ этой же температурой работалъ и достигъ благопріятныхъ результатовъ, не сознавая, что этотъ успѣхъ именно зависитъ отъ степени температуры. Этотъ другой не изобрѣтатель, но если онъ объективную не создаваемую имъ связь привелъ въ дѣйствіе, то онъ имѣетъ право предварительнаго пользованія. Не имѣетъ права предварительнаго пользованія тотъ, кто могъ бы заявить патентъ. Требуется вообще, чтобы предварительное пользованіе въ моментъ заявленія изобрѣтенія осуществлялось промышленнымъ образомъ и именно въ этотъ моментъ; его не будетъ тамъ, гдѣ идею примѣняли раньше, а потомъ оставили. Мысль такова: нельзя никого выгонять изъ его промышленнаго положенія, и патентъ никого не долженъ ограничивать въ промышленныхъ выгодахъ, которыя онъ уже имѣлъ во время заявленія патента; такой выгоды не существуетъ, когда примѣненіе оставлено. Въ остальномъ имѣющій право предварительнаго пользованія не ограниченъ масштабомъ пользованія, существовавшимъ; въ этотъ моментъ онъ можетъ расширить предварительное пользованіе въ желаемыхъ размѣрахъ подобно тому, какъ если бы онъ получилъ отъ изобрѣтателя неограниченное право лиценціи.

Кромѣ того существуетъ международное ограниченіе для экипажей, о чемъ уже было говорено раньше, и возможность отчужденія, такъ какъ Германская имперія можетъ опредѣлить, что по отношенію къ изобрѣтенію въ интересѣ общаго блага должно быть допущено (за вознагражденіе) право лиценціи.

Имѣющій патентъ кромѣ правъ несетъ и извѣстныя обязанности: онъ долженъ вносить прогрессивный налогъ на патенты, и даже здѣсь имѣется та особенность, что если онъ не внесетъ его своевременно или заплатитъ послѣ срока; то патентъ теряетъ силу. Онъ имѣетъ далѣе обязанность, осуществить патентъ сообразно его роду и условіямъ страны, въ противномъ случаѣ по соотвѣтствующей жалобѣ, въ силу рѣшенія патентнаго учрежденія или по приговору имперскаго суда (рейхсгерихта, куда идетъ аппеляція), онъ можетъ быть объявленъ виновнымъ: тогда патентъ теряетъ силу по законной силѣ обвинительнаго приговора. Но это можетъ произойти черезъ три года, послѣ того какъ патентъ выданъ и опубликованъ.

§ 48. Модель отличается отъ изобрѣтенія тѣмъ, что здѣсь дѣло идетъ не о приведеніе въ дѣйствіе силъ природы, а о распредѣленіе въ пространствѣ, при чемъ во всякомъ случаѣ кромѣ пространственнаго распредѣленія имѣютъ значеніе во 1-хъ сила

тяжести и во 2-хъ матеріахъ. Поэтому нужно принять во вниманіе не только выгоду, получающуюся отъ распредѣленія въ пространствѣ, но также и выгоду, которая получается отъ соединенія пространства и матеріи; такъ какъ не пространство само по себѣ, но пространство наполненное матеріей, представляется защитѣ права; безмысленно было бы, беря подъ защиту музыкальный инструментъ, оставлять безъ вниманія матеріалъ (металъ, дерево, струны), или напр., при устройствѣ шипъ не взять подъ защиту связанный съ формою матеріалъ. Впрочемъ дѣло идетъ не о томъ, простая или сложная машина имѣется на лицо, такъ какъ даже при сложномъ сооруженіи можетъ получить защиту своеобразность формы. Во всякомъ случаѣ при этомъ нужно принять во вниманіе слѣдующее: защита модели образца можетъ предоставить столько, сколько она въ силахъ дать по своей природѣ: она не можетъ защищать комбинацію силъ природы, и когда у машинъ требуется защита модели, то нужно допустить только защиту специальной формы, но не идею естественныхъ силъ, къ покоренію которыхъ придумана форма. Если, напр., паровая машина, въ которой въ различномъ отношеніи принимается во вниманіе выпусканіе пара и его дѣйствіе, конструирована соотвѣтствующимъ этой идее образомъ, то для изобрѣтателя въ высшей степени полезно, получить патентную защиту,— такъ какъ онъ тогда будетъ защищенъ въ своей идее противъ всѣхъ формъ ея осуществленія. Если онъ возьметъ только защиту модели, то хотя онъ и будетъ беззащитенъ, но будетъ имѣть защиту лишь для специальной формы, и если кто-нибудь придумаетъ другую форму, чтобы осуществить ту же самую идею использованія силъ природы, то онъ будетъ по отношенію къ этому безсиленъ. Это нужно тѣмъ болѣе подчеркнуть, что существуетъ серьезная склонность воспользоваться вмѣсто патента дешевою и удобною защитой модели: слѣдствія достигаются сами собой; заявляющій можетъ ихъ приписать себѣ: *habeat sibi*. Съ другой стороны защита модели идетъ далѣе. Тогда какъ при патентной защитѣ форма имѣетъ силу только какъ средство осуществленія идеи объ использованіи силъ природы, здѣсь, при защитѣ модели, она имѣетъ самостоятельное значеніе: она защищается для всѣхъ цѣлей, которыя этой формой можно достигнуть, и для всѣхъ конструкцій, въ которыя эту форму можно заключить. Далѣе весьма полезно соединить защиту патентомъ и защиту модели, такъ какъ всякій блюдетъ свою собственную выгоду.

И модель должна служить человѣческимъ цѣлямъ: это здѣсь

достигается посредственно и непосредственно. Безъ сомнѣнія этимъ способомъ напр., можетъ защищаться шарниръ ортопедическаго аппарата, фигура больша у скрипки.

Къ сожалѣнію, защита модели германскимъ закономъ 1 іюня 1891 г. регулирована въ высшей степени неудовлетворительно. Законъ признаетъ чистую *систему заявленія*: предварительнаго испытанія нѣтъ. Послѣдствіемъ этого является то, что множество вещей внесено въ регистръ, и это внесеніе вообще для публики лишено значенія, такъ какъ никто не знаетъ, что имѣетъ силу, что нѣтъ. Если вообще вносится что-нибудь такое, что не можетъ быть защищено, потому ли, что не достаетъ идеи модели или потому, что она не нова, тогда можно предъявить искъ о недействительности. Но онъ идетъ не въ патентное учрежденіе, а въ гражданскій судъ. Это мало подходящее учрежденіе, такъ какъ знакомое съ техникой чиновничество здѣсь много полезнѣе. Въ остальномъ вопросъ о новизнѣ обсуждается также какъ и при патентной защитѣ; напротивъ не достаетъ опредѣленій о предварительномъ пользованіи и отчужденіи: между тѣмъ несомнѣнно нужно эти два института перенести изъ патентнаго права и примѣнять по аналогіи; такъ какъ здѣсь дѣло идетъ отнюдь не объ однородныхъ вещахъ, но о правовыхъ институтахъ, которые возникаютъ сами собою изъ положенія вещей.

Срокъ защиты модели относительно коротокъ: онъ продолжается три года съ возможностью отсрочки еще на дальшійшіе три года. Налогъ небольшой,—15 марокъ, а при продолженіи 60 марокъ. Прогрессіи нѣтъ.

3. Право на блага производительнаго и потребительнаго оборота (промышленныя монополіи).

§ 49. Очень близко къ правамъ на нематеріальныя блага стоитъ исключительное право промысла, *промышленная монополія*. Она тоже есть право на нематеріальное благо, но не на идею, а на хозяйственныя силы извѣстнаго округа, производительныя или потребительныя; право это можетъ быть безусловнымъ или относительнымъ.

Такое исключительное право на производительныя силы называютъ *монополіей*, а когда оно принадлежитъ государству или князьямъ, то *регаліей*. Регаліи развились изъ княжескаго права,

такъ какъ право князей создавать для себя такія регаліи, уступать такія регаліи другимъ или непосредственно учреждать для другихъ монополіи разсматривалось какъ прямое послѣдствіе ихъ абсолютной власти. Доказательства этой идеи мы находимъ во всѣхъ странахъ, и прежде всего въ Германской имперіи. Особенное значеніе для послѣдующаго развитія имѣлъ законъ о регаліяхъ Фридриха I, данный на ронкалійскихъ поляхъ въ 1158 г., помѣщенный потомъ въ сборникъ леннаго права, 2 Feud. 56, и подтвержденіе его для курфюрстовъ въ Золотой буллѣ, с. 9. Точно также находимъ мы монополіи въ Англіи и Франціи. Изъ нихъ исторически развились права авторскія и изобрѣтателей: монополіи были необходимой промежуточной ступенью, предшествовавшей идеѣ о правахъ на нематеріальныя блага; теперешнія права авторскія и изобрѣтателей конечно не то, что регаліи или монополіи, но вышли они изъ идеи о монополіяхъ. Несмотря на это, монополіи и регаліи нынче рѣдки. Промышленныя монополіи отмѣнены уст. о промышл. на всемъ протяженіи его дѣйствія, и ихъ мѣсто заняла промышленная свобода. Исключеніе еще составляетъ рыночная монополія § 64 уст. промыш., но она не привилегія, а слѣдствіе административнаго распоряженія ¹⁾, направленного противъ немѣстныхъ жителей. Нѣчто особенное мы имѣемъ въ страховомъ дѣлѣ. По силѣ § 120 закона 12 мая 1901 г. о частныхъ страховыхъ предпріятіяхъ мѣстные законы могутъ учреждать регаліи, т. е. постановить, что извѣстные виды страхованія составляютъ исключительное право государства или его учреждений. Мѣстные законы это неоднократно дѣлали, въ особенности въ дѣлѣ страхованія построекъ отъ огня; напр. въ Баденѣ такое страхованіе до послѣдняго время принадлежало государству на $\frac{4}{5}$; новѣйшій законъ закрѣпилъ за государствомъ и послѣднюю пятую часть.

Право на потребительныя силы суть т. н. *Zwangs und Bannrechte*. Здѣсь кругъ потребителей опредѣленнаго участка стоитъ въ принудительныхъ обязательственныхъ отношеніяхъ къ производителю. Въ такихъ случаяхъ мѣстные домашніе хозяйства имѣли право обращаться только къ нему, у него давили вино, у него пекли, у него покупали вино, пиво, мясо, хлѣбъ. Въ предѣлахъ данной области другой можетъ работать для вывоза, но не для мѣстнаго

¹⁾ О вознагражденіи за ограниченное рыночное право см. § 65 уст. промышл.

употребленія. Такія права развились изъ права общинъ и помѣщичьихъ усадебъ; общины или помѣщичьи усадьбы сооружали для общаго пользованія учрежденія, напр., давяльни или хлѣбныя печи, но за то требовали, чтобы окружающіе, взамѣнъ, пользовались уже исключительно ихъ учрежденіями. И эти права большей частью исчезли: уст. о промысл. или совсѣмъ ихъ отмѣнилъ или объявилъ ихъ только выкупаемыми.

С. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

І. Общая часть.

1. Основные идеи (индивидуализмъ, социальная политика, этическія силы).

§ 50. Въ обязательственномъ правѣ германское законодательство стало вполне на почву воззрѣній новаго времени. Исчезли всякіе слѣды прежняго заложничества должника, когда онъ отвѣчалъ тѣломъ, жизнью, честью и спасеніемъ своей души, и даже личное задержаніе должника примѣняется лишь ради отрицательныхъ цѣлей, чтобы воспрепятствовать ему встать поперекъ исполнительной дѣятельности кредитора (§ 918 уст. гражд. суд.). Долговое отношеніе приводитъ поэтому къ обязательству и только къ обязательству, въ случаѣ неисполненія котораго публичная власть налагаетъ, конечно, руку на личность и имущество должника: она старается принудить его сдѣлать то, что служитъ предметомъ обязательства. Власть эта можетъ быть, конечно, направлена и на личность, но не для того, чтобы извлечь изъ нея денежную сумму, а для того, чтобы принудить ее къ дѣйствію или воздержанію отъ дѣйствія; но принуждать къ дѣйствію можно только тогда, когда это дѣйствіе состоитъ не въ работѣ, а въ чемъ либо не требующемъ усилій, ибо нельзя заставлять работать путемъ юридическаго принужденія (§ 888 уст. гражд. суд.).

§ 51. Обыкновенно, предоставляется волѣ каждаго заключать или не заключать договоры. Однако, на комъ либо можетъ лежать обязательство вступить въ договоръ въ силу какого-нибудь прежняго договора, въ которомъ онъ взялъ на себя такое обязательство. Договоръ, который такимъ образомъ обязываетъ къ дальнѣйшему договору, носитъ названіе *предварительнаго договора*.

Кромѣ того, на комъ-либо можетъ вообще лежать такого рода обязанность заключать договоры, что если онъ этого не дѣлаетъ, можетъ быть не только принужденъ къ этому, но еще признанъ обязаннымъ возмѣстить убытки за уклоненіе. Это случай такъ называемаго *принужденія къ заключенію договоровъ*. Это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если, съ ясно выраженного или молчаливаго согласія государства, основано опредѣленное учрежденіе для того, чтобы удовлетворять извѣстныя потребности публики въ опредѣленной мѣстности, и если затѣмъ для всѣхъ пользующихся изъ публики установлены опредѣленные одинаковыя цѣны. Въ этомъ случаѣ признають, что учрежденіе не только не можетъ оказывать предпочтенія кому либо изъ желающихъ воспользоваться услугами учрежденія во вредъ другому, но что вообще оно не можетъ отказывать кому бы то ни было, по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока онъ подчиняется установленнымъ для всѣхъ условіямъ, а средства учрежденія достаточны, чтобы удовлетворить спросъ. Въ частности, это относится къ учрежденіямъ, организующимъ перевозку и спеціально основаннымъ для потребностей публики, какъ, напримѣръ, омнибусы, желѣзныя и конно-желѣзныя дороги, а также къ такимъ, въ которыхъ общественныя потребности публики удовлетворяются въ извѣстныхъ направленіяхъ, и въ особенности тогда, когда по обстоятельствамъ случая вообще для этой цѣли существуетъ всего одно или два учрежденія, или если подобное учрежденіе получаетъ отъ государства или общины особыя права именно потому, что оно служить интересамъ публики; этимъ правамъ должны соотвѣтствовать обязанности. Сюда относятся, напр., учрежденія газовое, электрическое и т. п. Сюда же слѣдуетъ причислить театральныя и концертныя предпріятія, разъ они рассчитаны на публику, а не на приглашенныхъ гостей.

§ 52. Во всемъ остальномъ въ обязательственномъ правѣ побѣдоносно проведенъ великій принципъ *индивидуализаціи*. Большею частью обязательственныя отношенія возникаютъ изъ человѣческаго оборота, а человѣческій оборотъ свободенъ. Въ оборотѣ они возникаютъ изъ юридическихъ сдѣлокъ, прежде всего изъ договоровъ, а сущность договора съ точки зрѣнія обязательственного права заключается въ соглашеніи обѣихъ сторонъ объ имѣющемъ возникнуть между ними обязательственномъ отношеніи. Благодаря этому, многое здѣсь предоставлено усмотрѣнію сторонъ: должникъ принимаетъ на себя обязательство, кредиторъ даетъ на это свое согласіе. Понятно, почему требуется взаимное участіе

обѣихъ сторонъ; согласіе кредитора показываетъ и въ этомъ случаѣ, что во всѣ времена личность составляетъ величайшую изъ всѣхъ земныхъ цѣнностей.

Впрочемъ, договоръ не есть единственное основаніе возникновенія обязательствъ, подлежащее нашему разсмотрѣнію. При извѣстныхъ обстоятельствахъ обязательства могутъ возникнуть изъ одностороннихъ волеизъявленій должника (такъ называемая *креація*), главное примѣненіе которыхъ лежитъ въ области бумагъ на предъявителя и съ платежемъ по приказу. Но бываютъ также случаи, когда при существованіи договорнаго отношенія, одной изъ договаривающихся сторонъ предоставляется вліять на отношеніе односторонними постановленіями. Наиболѣе разработанную форму эта мысль нашла въ правилахъ о внутреннемъ распорядкѣ въ промышленныхъ заведеніяхъ, издаваемыхъ независимо отъ соглашеній съ рабочими, но которымъ рабочіе подчиняются въ силу договора. Но точно такъ же нельзя не позволить театальной или концертной администраціи издавать извѣстные постановленія о способѣ пользованія публички ихъ учрежденіемъ (напр. о платѣ и сдачѣ его на храненіе); тѣмъ большія права имѣетъ эта администрація театра и мѣстъ по изданію постановленій, обязательныхъ для труппы, поскольку стройное веденіе дѣла требуетъ извѣстной регулировки порядка работы.

О правилахъ о внутреннемъ распорядкѣ въ промышленныхъ заведеніяхъ придется еще говорить ниже.

А затѣмъ почти все, что касается *формы* и *содержанія* договоровъ, предоставлено свободному усмотрѣнію сторонъ. Современное право не сохранило ни формы, ни шаблона для договоровъ, и случай, когда требуется ¹⁾ письменное или даже потаріальное изготовленіе, образуютъ рѣдкія исключенія. Письменная форма, напр., требуется, когда устанавливается отношеніе найма на срокъ свыше одного года (§ 566 гражд. улож.).

Письменная форма предписывается въ промышленномъ правѣ, напр., для договора ученичества, правда, не подъ угрозю его недействительности, но зато подъ угрозю денежныхъ штрафовъ и

¹⁾ При письменной формѣ (§ 126 гражд. улож.) необходима подпись подъ готовымъ договоромъ; справедливо допускаютъ, что достаточно, если представитель подпишется отъ имени представляемаго. Въ этомъ смыслѣ бреславльскій оберландсгерихтъ 25 апрѣля 1901 г. Mugdan II стр. 389, кенигсбергскій 8 ноября 1901 г., тамъ же IV, стр. 209 и рейхсгерихтъ 1901 г. рѣш. 50 стр. 51.

других вредных послѣдствій (§§ 126 b, 150 цифра 4, 127 d, 127 слѣд. уст. пром. и § 79 торг. улож.). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по крайней мѣрѣ, должникъ долженъ сдѣлать свое заявленіе въ письменной формѣ, такъ въ случаѣ поручительства неторговаго (§ 766 гражд. улож., но и § 350 торг. улож.), абстрактнаго обѣщанія уплаты и признанія долга (§§ 780, 781 гражд. улож., но и § 350 торг. улож.); при обѣщаніи подарить даритель долженъ облечь свое обѣщаніе въ нотаріальную форму (§ 518 гражд. улож.).

Особое постановленіе, весьма, впрочемъ, спорнаго характера, содержитъ § 313 о договорахъ, обязывающихъ кого либо къ перенесенію собственности на земельный участокъ. Обѣщаніе подобнаго рода перенесенія собственности, мало того, не только обѣщаніе, но и весь обязательственный договоръ, т. е. обѣщаніе и принятіе, долженъ быть совершенъ предъ судомъ или у нотариуса. Это постановленіе имѣетъ смыслъ развѣ только какъ проявленіе заботы о сельскомъ населеніи, такъ какъ помимо этого совсѣмъ нѣтъ достаточныхъ основаній проводить различіе между движимымъ и недвижимымъ имуществомъ еще и въ этомъ отношеніи. Да и само постановленіе можно въ жизни (по крайней мѣрѣ фактически) обойти такимъ образомъ, что кому либо другому дается не облеченное въ особую форму правомочіе на заключеніе договора, а онъ затѣмъ уже заключаетъ этотъ договоръ предъ судомъ или нотариусомъ. Конечно, полномочіе можетъ быть взято обратно, но фактически это все же сопряжено съ нѣкоторыми затрудненіями, особенно въ тѣхъ отношеніяхъ, для охраны которыхъ это постановленіе придумано; но самое полномочіе на заключеніе сдѣлки не нуждается въ той формѣ, какая необходима для самой сдѣлки (§ 167 гражд. улож.). Впрочемъ, если бы захотѣли юридически закрѣпить дѣло установленіемъ договорнаго штрафа за отказъ въ полномочіи или обѣщаніемъ возмѣститъ въ случаѣ такого отказа убытки, вытекающіе изъ отказа и связаннаго съ нимъ незаключенія сдѣлки, то такое соглашеніе было бы недѣйствительно; ибо разъ недѣйствителенъ договоръ, то недѣйствительно обѣщаніе возмѣщенія убытковъ за отказъ отъ заключенія его, хотя бы это обѣщаніе было облечено въ форму договорнаго штрафа; ср. рейхс-герихтъ 5 февраля 1902 г., сборн. рѣш. 50, стр. 168 ¹⁾.

¹⁾ Впрочемъ, изъ § 313 вытекаетъ, что нотаріальная форма необходима не только для главнаго договора, но составляетъ условіе дѣйствительности всѣхъ добавочныхъ соглашеній; ср. дрезденскій оберландсгерихтъ, 3 января 1902 г., кенигсбергскій 8 февраля 1902 г., Mugdan IV, стр. 207, 208.

Если такимъ образомъ воля могущественна, то она все-же не всемогуща, и *защита слабыхъ* въ ихъ обязательственныхъ договорахъ отъ чрезмѣрнаго могущества лучше поставленныхъ составляетъ великую задачу, за которую серьезно взялся законодатель новаго времени. Я имѣю въ виду такъ называемыя социальныя постановленія гражданскаго уложенія и завершающаго уложеніе устава о промышленности. Здѣсь не только шире распространено понятіе безнравственнаго договора, чѣмъ это было до сихъ поръ, не только ростовщичество карается недействительностью сдѣлки (§ 138 гражд. улож.), но въ цѣломъ рядѣ случаевъ объявлены недействительными постановленія договоровъ, признанныя закономъ противорѣчащими интересамъ какого-либо класса населенія. Уже издавна дѣйствовало постановленіе, что договоръ о наймѣ услугъ не можетъ быть заключенъ на всю жизнь; еще выше было замѣчено, что по прошествіи пяти лѣтъ во всякомъ случаѣ дается право отказа (§ 624 гражд. улож.). Социальнымъ характеромъ проникнуто противорѣчащее пандектному праву замѣчательное постановленіе, по которому можно отказаться отъ отношенія найма человеческого жилища, если послѣднее опасно для здоровья, хотя бы особенности жилища были извѣстны при заключеніи договора: наниматель не имѣетъ права дѣлать предметомъ договорнаго обязательства здоровье свое и своихъ близкихъ (§ 544 гражд. улож.)¹⁾. Къ сожалѣнію, въ гражданскомъ уложеніи не нашли дальнѣйшей регулировки договоры о воспрещеніи конкуренціи, а торговое уложеніе и уставъ о промышленности говорятъ только о торговыхъ и промышленныхъ приказчикахъ, но за то уже исчерпывающимъ образомъ.

Въ частности, приняты новыя и важныя постановленія о наймѣ услугъ. Римскому праву этотъ договоръ казался чѣмъ то добавочнымъ; въ наше же время онъ играетъ роль первостепенной важности, ибо онъ служитъ посредникомъ между такъ называемыми трудящимися и владѣющими классами, и правильная его конструкция имѣетъ величайшій интересъ для примиренія социальныхъ противорѣчій. Одно изъ первыхъ постановленій современнаго права

¹⁾ Не слѣдуетъ однако толковать это такъ широко, чтобы наниматель имѣлъ право отказа (безъ вознагражденія) и тогда, когда онъ самъ своей виной привелъ жилище въ нездоровое состояніе. Гамбургскій оберландстерихтъ 18 марта 1901 г., Mugdan II стр. 382; въ этомъ случаѣ онъ можетъ отказаться но при условіи вознагражденія.

состоить въ томъ, что на работодателя лежитъ обязанность озаботиться, чтобы служащій имѣлъ при своей работѣ возможности обезпеченное и достойное человѣка положеніе. Это проявляется въ различныхъ направленіяхъ:

1. Если работа заключаетъ въ себѣ какія-нибудь опасности, какъ, напр., работа при машинахъ, то работодатель обязанъ принять тѣ мѣры предупрежденія, которыя, насколько это возможно, устранили бы опасность; насколько это возможно, т. е. насколько это позволяетъ промышленный характеръ предпріятія. Уст. о промышленности содержитъ по этому поводу цѣлый рядъ постановленій; сюда же примыкають распоряженія союзнаго совѣта (§§ 120 а и сл. уст. пром., распор. союз. сов. отъ 2 февраля 1897 г. (отн. хлористыхъ щелочей), 31 іюля 1897 г. (типографіи), 11 мая 1898 г. (фабрики для зарядженія аккумуляторовъ), 28 января 1899 г. (источники), 6 февраля 1900 г. и 5 іюля 1901 г. (цинковыя постройки) и т. д.; ср. также § 618 гражд. улож. § 62 торг. улож. и § 139 h уст. пром.).

Профессиональные союзы точно такъ же могутъ въ этихъ отношеніяхъ издавать предписанія съ согласія имперскаго страхового управленія (§§ 112 и сл. закона о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ въ пром. завед. и соотвѣтственно законы о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ на сельскихъ работахъ, при постройкахъ и на морѣ).

2. Если работаютъ вмѣстѣ нѣсколько служащихъ, то слѣдуетъ принять мѣры, необходимыя для поддержанія въ ихъ средѣ, наряду съ здоровьемъ, еще приличій и нравственности (§ 120 h. уст. пром. и др.).

3. Поскольку служащимъ приходится проводить время въ помѣщеніяхъ хозяина, помимо прямой ихъ службы надлежитъ имѣть заботы о томъ, чтобы все было устроено такъ, какъ того требуютъ нравственность и здоровье. Въ особенности это относится къ тому случаю, когда служащій входитъ въ кругъ домашнихъ своего хозяина. Тутъ дѣйствуетъ старо-нѣмецкое положеніе, что служащій пользуется долей заботы хозяина о всемъ его семействѣ (§§ 617 гражд. улож. и 62 торг. улож.).

4. Соціальный характеръ носятъ также постановленія объ уплатѣ жалованія, запрещеніе такъ называемой системы расплаты натурой (§§ 115 сл. уст. пром. о чемъ придется еще говорить ниже), запрещеніе зачетовъ противъ требованій объ уплатѣ жалованія,

§ 394 гражд. улож.) ¹⁾ ограничительныя постановленія объ отказѣ (§§ 122, 123 аа и сл. уст. пром. §§ 61 и сл. торг. улож.), въ особенности социальный характеръ носить, нѣсколько запутанныя, положенія промышленнаго права о воскресномъ отдыхѣ промышленныхъ рабочихъ (§§ 105 а и сл. уст. пром.).

5. Въ случаѣ, когда рабочихъ много, социальный характеръ постановленій гражд. улож. проявляется въ томъ, что извѣстныя условія работы должны быть для всѣхъ одинаковы; отсюда вытекаетъ обязанность издавать правила о внутреннемъ распорядкѣ, о чемъ скоро будетъ идти рѣчь.

Защитительныя постановленія существуютъ въ нашемъ современномъ промышленномъ правѣ прежде всего о работѣ малолѣтнихъ и женщинъ. Тутъ нельзя было предоставить полное господство праву свободнаго заключенія договоровъ, ибо съ одной стороны, при дешевизнѣ этой рабочей силы, часто проявлялась бы безудержная эксплуатація, а съ другой стороны семейства рабочихъ, при ихъ часто стѣсненномъ положеніи и нерѣдкомъ небреженіи къ ихъ болѣе слабымъ сочленамъ, не могли бы оказать этой эксплуатаціи достаточнаго сопротивленія. А между тѣмъ долгъ государства озаботиться о томъ, чтобы не погибъ или не вырожденъ цѣлый классъ людей. Поэтому уже издавна существуетъ цѣлый рядъ постановленій, по которымъ дѣти или вовсе не допускаются въ работѣ, или допускаются подъ условіемъ и при извѣстныхъ предосторожностяхъ; ср. именно § 135 (154) уст. пром., по которому дѣти моложе тринадцати лѣтъ совсѣмъ не допускаются къ фабричнымъ работамъ, а дѣти старше 13 лѣтъ лишь въ томъ случаѣ, когда на нихъ больше не лежитъ школьная повинность, и вообще дѣти моложе 14 лѣтъ не могутъ работать больше 6 часовъ ежедневно, а лица между 14 и 16 годами больше 10 часовъ. Затѣмъ о работѣ дѣтей въ промышленномъ производствѣ появился особый имперскій законъ 30 марта 1903 года. Приняты предосторожности по отношенію къ работѣ женщинъ; родильницы въ теченіе 4-хъ недѣль послѣ разрѣшенія отъ бремени не могутъ вовсе быть приняты на работу, а въ теченіе слѣдующихъ 2-хъ недѣль только подъ условіями ²⁾.

¹⁾ Это запрещеніе завершается § 115 уст. пром. и охватываетъ также договоръ зачета; ср. объ этомъ подробное сочиненіе Lotmar Arbeitsvertrag стр. 401 сл.

²⁾ Образцомъ въ дѣлѣ законодательства по защитѣ труда служила прежде всего Англія, особенное значеніе имѣлъ именно Factory and Workshop Act отъ

§ 53. Такъ называемыя *правила о внутреннемъ распорядкѣ* на фабрикахъ и заводахъ въ случаѣ массовой работы составляютъ продуктъ новаго времени и сводятся къ слѣдующимъ основаніямъ. Обычно обусловленные наймомъ отношенія работодателя къ каждому изъ его служащихъ составляютъ нѣчто особое, такъ что къ каждому служащему примѣняются особыя правила, которыя случайно могутъ оказаться для всѣхъ матерьяльно одинаковыми; при массовой же работѣ сочли бы несправедливостью, еслибы каждаго изъ служащихъ мѣрили особою мѣркой; поэтому для всѣхъ должны существовать одинаковыя правила, въ частности о продолжительности рабочаго дня, о расчетѣ, объ уплатѣ жалованія, объ отказѣ и затѣмъ о способахъ поддержанія дисциплины путемъ штрафовъ и вычетовъ изъ жалованья. Общія правила прекращаютъ рознь, которая въ противномъ случаѣ господствуетъ между рабочими, и объединяютъ ихъ въ одно товарищеское цѣлое. Всѣ рабочіе чувствуютъ себя солидарными въ выгодахъ и невыгодахъ, въ правахъ и обязанностяхъ; они сознаютъ себя чѣмъ то единымъ съ одинаковыми для всѣхъ правами. Это вызываетъ у нихъ образованіе чувства профессиональной честности, и это тѣмъ въ большей степени, если при выработкѣ правилъ принимаются во вниманіе мнѣнія самихъ рабочихъ, или если они выбираютъ изъ своей среды депутатовъ, которые защищаютъ интересы каждаго.

Правила о внутреннемъ распорядкѣ въ нашемъ смыслѣ были извѣстны ¹⁾ въ Англіи въ большихъ бумагопрядильныхъ производствахъ уже во второй половинѣ XVIII столѣтія; и по всей вѣроятности великому изобрѣтателю Аркрайту принадлежитъ и въ этомъ отношеніи если не изобрѣтеніе, то большая инициатива. На континентѣ особенно энергично выступалъ за подобную конструкцію рабочаго права Блюнчли въ Цюрихѣ; въ результатѣ его стремленій появился цюрихскій кантональный законъ отъ 24 октября 1859 г., по которому всякій владѣлецъ фабрики могъ или долженъ былъ издать общія для всѣхъ рабочихъ правила. За нимъ по-

27 мая 1878 г. (41 42 Vict. с. 16), къ которому применили позднѣйшіе законы. Въ Швейцаріи наибольшее значеніе имѣетъ союзный законъ отъ 1887 г., въ Соедин. Шт. существуютъ многіе законы отдѣльныхъ штатовъ. Въ Голландіи, только что изданъ новый проектъ De nieuwe arbeidswet. Надзоръ за охраной труда (именно § 139 h пром. уст.) относится къ области публичнаго права и не можетъ быть подвергнутъ здѣсь болѣе подробному разсмотрѣнію.

¹⁾ Ср. именно Köhne, *Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht* (1901) стр. 8 сл., 16 сл., 30 сл.

слѣдовали швейцарскій союзный законъ 23 марта 1877 г., русскій законъ 3 июня 1886 г. и затѣмъ нашъ законъ объ охранѣ труда 1 іюля 1891 г., регулирующий вопросъ подъ видомъ измѣненій уст. о пром., а за этимъ нѣмецкимъ закономъ послѣдовали другіе законы, какъ напр. въ Бельгіи и Норвегіи. Въ области горной промышленности изданы подобныя же постановленія въ порядкѣ мѣстнаго законодательства.

Германскій уставъ о промышленности предписываетъ изданіе правилъ о внутреннемъ распорядкѣ для фабрикъ, въ которыхъ регулярно работаетъ не менѣе 20 человѣкъ, для открытыхъ торговыхъ заведеній, въ которыхъ регулярно занято не менѣе 20 приказчиковъ и учениковъ, и наконецъ для горныхъ заводовъ, мѣсть для постройки, складовъ строительныхъ матерьяловъ, верфей, кирпичныхъ заводовъ и т. д., подъ тѣмъ же условіемъ совместной работы въ нихъ не менѣе 20 человѣкъ (ср. §§ 134а, 139к и 154 уст. пром.).

Подъ правилами о внутреннемъ распорядкѣ понимаютъ одностороннее распоряженіе хозяина предпріятія, въ которомъ, ради регулировки процесса работы и связанныхъ съ нимъ отношеній, устанавливаются однородныя для всѣхъ рабочихъ правила. Особенное значеніе имѣетъ тотъ фактъ, что эти правила могутъ устанавливать штрафы, а также и вычеты изъ жалованья. Правила эти предъявляются органу правительственной власти, которому надлежитъ рассмотреть, выполнены ли требованія закона, при чемъ принимаются во вниманіе возраженія, которыя противъ нихъ, можетъ быть, сдѣлаютъ взрослые рабочіе фабрики; послѣднимъ проектъ правилъ сообщается заранее. Правила вывѣшиваются и вступаютъ въ силу, самое раннее, черезъ двѣ недѣли послѣ вывѣшиванія (§ 134а и сл. уст. пром.).

О характерѣ этихъ правилъ были высказаны очень различныя взгляды. Нѣкоторые хотятъ въ нихъ видѣть что то вродѣ права на автономное законодательство, другіе только предложеніе заключить договоръ, которое считается принятымъ тѣмъ, что рабочіе, при наличности этихъ правилъ, берутся за работу. Оба эти воззрѣнія неправильны. Работодатель на имѣетъ законодательной власти, а правила о внутреннемъ распорядкѣ нельзя расценивать на цѣлый рядъ договорныхъ соглашеній, которыя всѣ будто бы заключаются по шаблону этихъ правилъ. Въ такомъ случаѣ было бы непонятно, почему эти правила безусловно обязательны для всѣхъ рабочихъ, и еще менѣе понятно, почему работодатель

имѣть право по произволу измѣнять ихъ, хотя бы при этомъ измѣненіе вступило въ силу только спустя 14 дней. Правда, рабочіе имѣютъ обычно право отказаться за 14 дней; они могутъ такимъ образомъ уклониться отъ правилъ, которыя имъ не нравятся, а вмѣстѣ съ тѣмъ отъ измѣненія въ ихъ договорныхъ отношенійхъ (поскольку эти правила влекутъ за собою такое измѣненіе). Однако, смотря на правила, какъ на договоръ, мы должны были бы признать, что, если отношенія найма были установлены на болѣе продолжительный срокъ, то правила не касаются прежнихъ, на болѣе долгій срокъ установленныхъ, отношеній найма. Это было бы неправильно и противорѣчило бы всей идеѣ правилъ внутренняго распорядка, съ ихъ уравниемъ всѣхъ рабочихъ. Правда, рабочіе имѣютъ въ этомъ случаѣ право отказа по уважительнымъ причинамъ (§ 124а, 134 уст. пром.), однако, съ одной стороны и это право отказа ограничено извѣстными рамками, а съ другой стороны, несмотря на это право отказа, одностороннее измѣненіе все-же нельзя согласовать съ прежними постановленіями договора; ибо по основнымъ положеніямъ договорнаго права владѣлецъ фабрики былъ бы въ этомъ случаѣ просто связанъ прежними постановленіями, и правила не имѣли бы силы для этихъ старшихъ рабочихъ; а это однако противорѣчило бы закону. Къ тому же надо принять во вниманіе, что владѣлецъ фабрики и только онъ отвѣтственъ за то, чтобы правила были составлены надлежащимъ образомъ, и поэтому можетъ быть наказанъ денежными штрафами (ср. §§ 147 цифра 5, 148 ц. 15, 149 ц. 7, 150 ц. 5 уст. пром.).

Напротивъ, правила о внутреннемъ распорядкѣ составляютъ одностороннее частно-правовое волеизъявленіе, на основаніи котораго возникаютъ права и обязанности, и, конечно, независимо отъ какого бы то ни было согласія съ другой стороны; они поэтому не оффертъ, а одностороннее юридическое дѣйствіе. Поэтому рабочій напр. связанъ тогда, когда онъ даже не подозрѣвалъ о правилахъ, или не зналъ объ ихъ измѣненіи. Съ другой стороны правила дѣйствуютъ независимо отъ установленныхъ договоровъ; ибо договоры вступаютъ въ силу при заранѣе оговоренной дѣйствительности настоящихъ и будущихъ правилъ о внутреннемъ распорядкѣ.

Отсюда вытекаетъ: юридическое отношеніе конструировано такъ, что одной сторонѣ, въ данномъ случаѣ хозяину предпріятія, дается право издавать въ извѣстныхъ границахъ правила, порождающія права и обязанности.

Такъ объясняются и устанавливаемые въ правилахъ о внутреннемъ распорядкѣ штрафы; это не договорные штрафы, а штрафы, устанавливаемые односторонними волеизъявленіями. Они не содержатъ, подобно договорнымъ штрафамъ, установленнаго вознагражденія, а суть дѣйствительные карательные штрафы съ цѣлью поддержанія дисциплины, а правомочіе устанавливать такіе дисциплинарные штрафы лежитъ въ частно-правовомъ отношеніи, которое требуетъ извѣстной дисциплины и даетъ поэтому средство провести эту дисциплину.

Мнѣніе, что мы имѣемъ предъ собою публично-правовое распоряженіе, покоится на ошибочномъ воззрѣніи, будто въ отношеніяхъ частнаго права одной изъ обѣихъ сторонъ не можетъ быть передано правомочіе односторонняго установленія правъ и обязанностей. Но таковъ лежащій предъ нами случай; другія юридическія отношенія, въ частности театральное право, представляютъ дальнѣйшіе примѣры, какъ это уже было замѣчено раньше.

§ 54. Свободное заключеніе юридическихъ сдѣлокъ находитъ свое естественное ограниченіе въ томъ, что считаются недѣйствительными, да и вообще не признаются правомъ, сдѣлки, противорѣчащія законному запрещенію; но право идетъ еще далѣе: недопустимы сдѣлки, противорѣчащія добрымъ нравамъ. Это одно изъ основныхъ положеній права; если никакой правопорядокъ не можетъ допустить, чтобы подъ него подкапывался имущественно-правовой оборотъ, то онъ не можетъ также допустить, чтобы правомъ пользовались съ цѣлью подкратиться подъ добрые нравы.

Юридическія сдѣлки, не согласныя съ закономъ, недѣйствительны, если онѣ прямо противорѣчатъ законному запрещенію. Это положеніе дѣйствуетъ, какъ общее правило ¹⁾. Случай, когда законъ является такъ называемымъ *lex minus quam perfecta*, когда такимъ образомъ запрещеніе приводитъ только къ штрафу или чему-нибудь подобному, а сдѣлка все-таки остается дѣйствительной, составляетъ въ настоящее время рѣдкое исключеніе ²⁾. Нужно только принять

¹⁾ Очень часто это еще особо оговаривается, напр., въ § 180 закона о страхованіи инвалидов.

²⁾ Примѣромъ являются, напр., лотерейные договоры, которые, въ силу § 763 гражд. улож., обладаютъ законной силой, если на нихъ послѣдовало согласіе какого-нибудь союзнаго государства, но могутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ штрафъ въ случаѣ, если они противорѣчатъ какому-нибудь мѣстному закону, ср. рѣш. рейхсгерихта XLVIII стр. 175 по гражд. и по уголовн. дѣл. XXIII стр. 335. Но ср. также Theissen въ Arch. f. Strafrecht 49 стр. 234. Другой примѣръ предста-

во вниманіе слѣдующее: сдѣлка противорѣчитъ законному запрещенію не тогда, когда при ея осуществленіи какъ-нибудь произошло что-либо противное закону, а лишь тогда, когда закону противорѣчитъ ея содержаніе. Поэтому не считаются, напр., противорѣчащимъ законному запрещенію договоръ, писанный украденными чернилами, или соглашеніе, заключенное въ чужомъ жилищѣ, хотя бы при этомъ былъ нарушенъ чей-либо домашній покой. Не считается также противорѣчіемъ законному запрещенію, если договоръ купли-продажи, вопреки закону, заключенъ въ воскресенье, ибо все это не касается содержанія сдѣлки. Совѣтъ другое было бы, напр., еслибы кто-нибудь захотѣлъ условиться съ парикмахеромъ, чтобы онъ оказывалъ ему услуги вопреки закону о воскресномъ отдыхѣ, или съ торговымъ домомъ, чтобы ему продавали и по воскресеньямъ, несмотря на тотъ же законъ. У такого договора уже само содержаніе противорѣчитъ закону.

Но договоръ можетъ противорѣчить закону и косвенно, напр., когда онъ имѣетъ цѣлью обойти законъ такимъ образомъ, чтобы добиться окольнымъ путемъ тѣхъ же хозяйственныхъ результатовъ ¹⁾, которые законъ признаетъ недозволительными. Это область такъ наз. симулированныхъ сдѣлокъ. Именно, нерѣдко изъ смысла закона вытекаетъ не просто запрещеніе заключать опредѣленнаго рода сдѣлку, а вообще приводить къ извѣстнымъ хозяйственнымъ результатамъ. Если, напр., законъ запрещаетъ передавать имущество извѣстному обществу, то запрещеніе идетъ такъ далеко, что является недопустимымъ передавать это имущество подставному лицу съ тою цѣлью, чтобы оно, въ свою очередь, переуступило его обществу. Въ § 456 гр. у. это высказано даже съ нѣкоторой чрезмѣрностью. Конечно, вопросъ о томъ, какъ далеко идетъ законное запрещеніе, приходится рѣшать каждый разъ смотря по особенностямъ случая. Напр., постановленіе закона, что залогъ движимыхъ вещей возможенъ только въ формѣ ручного залога, можно было-бы толковать въ томъ смыслѣ, что не допускается обходъ этого постановленія также и путемъ купли и обратной купли. Но возможно и такое

вляеть промышленный договоръ ученичества, который, во избѣжаніе штрафа, долженъ быть заключенъ въ письменной формѣ, но не лишенъ юридической силы и въ томъ случаѣ, когда онъ заключенъ словесно (§§ 726в, 127d, 127f, 150у. 4а уст. пр.).

¹⁾ Хозяйственныхъ результатовъ въ широкомъ смыслѣ, въ смыслѣ культурныхъ цѣлей, лежащихъ въ основѣ юридическаго оборота. Въ этомъ отношеніи мои разсужденія (Iahrl. XVI стр. 144 сл.) во многомъ были непоняты.

толкованіе, что запрещеніе касается только залогового права, такъ что волѣ сторонъ предоставляется предпринимать всякія другія мѣры обезпеченія, хотя-бы и безъ передачи вещей. Для Германіи придется допустить послѣднее толкованіе уже по одному тому, что за это говоритъ настоятельная необходимость, а основанія, которые привели законодательство къ уничтоженію ипотеки на движимыя вещи, не идутъ такъ далеко, чтобы ими опредѣлялся и настоящій случай.

Наконецъ, что касается *добрыхъ нравовъ*, то ихъ надо понимать не въ томъ смыслѣ, въ какомъ мы понимаемъ это слово, когда говоримъ о нравахъ въ смыслѣ общественныхъ условностей; напротивъ, это нравы въ смыслѣ нравственности, съ той впрочемъ особенностью, что нарушеніе общественного благоприличія, если только оно не оправдывается высшими основаніями, уже считается нарушеніемъ нравственности и тѣмъ самымъ разрушающе дѣйствуетъ на нравственность. Конечно, при разсмотрѣніи вопроса о томъ, что надо понимать подъ нравственностью, приходится считаться съ народными убѣжденіями, но не съ убѣжденіями массы, а только тѣхъ, которые въ нравственномъ отношеніи являются вождями народа. Если, напр., значительная часть народа, пусть даже двѣ третьихъ его, не видитъ ничего зазорнаго въ контрабандномъ промыслѣ, то мы всетаки не можемъ признать его нравственнымъ, хотя-бы дѣло шло о чужой таможнѣ. То же самое приходится сказать о договорѣ съ брачнымъ посредникомъ, хотя бы очень многіе публичнѣйшимъ образомъ пользовались его услугами; ибо то, что недостойно брака, никогда не можетъ считаться нравственнымъ, а скандальные процессы о размѣрахъ гонорара маклеру по брачнымъ дѣламъ очень мало приспособлены къ тому, чтобы содѣйствовать возвышенію достоинства права. Право стоитъ на той почвѣ, на которой стоятъ духовные руководители народныя, а не въ низинахъ и не на ступени тѣхъ, которое высшими идеями жертвуетъ ради денегъ и выгодъ. Точно также нельзя считать нравственнымъ, когда профессія обращается въ способъ наживы, хотя бы даже значительная часть членовъ той-же профессіи придерживалась совершенно такой же точки зрѣнія.

Эти идеи, высказанныя мною еще задолго до появленія гражданскаго уложенія въ моей книгѣ „Идеалы права“, пробились на свѣтъ въ §§ 138 и 656 гражд. улож., въ частности и въ томъ, что тамъ говорится о договорахъ съ брачными маклерами; и совершенно неправильно допускать, будто бы въ послѣднемъ случаѣ

мы имѣемъ дѣло съ сингулярной нормой, которую какъ таковую нужно толковать ограничительно; наоборотъ здѣсь рѣчь идетъ о частномъ проявленіи высказаннаго въ § 138 принципа. Это особое положеніе появилось — вполне основательно — только потому, что безъ него трудно было бы ожидать, что суды послѣдуютъ за вѣрной идеей и станутъ отвергать подобные договоры, какъ безнравственные. Совершенно наоборотъ: на основаніи прежней практики, которая къ сожалѣнію стояла ниже практики французовъ и англичанъ — достойное вниманіи зрѣлище, какъ нѣмцы въ отправленіи правосудія стояли въ идеализмѣ ниже другихъ народовъ — можно было опасаться, что нѣмецкіе судьи будутъ и впредь заблуждаться, и потому дали постановленіе § 656. А теперь хотятъ какъ разъ это постановленіе обратить противъ § 138! Безнравственно, конечно, и все другое, что не совмѣстимо съ достоинствомъ брака, такъ, въ частности, безнравственно покупать согласіе на разводъ.

Безнравственно также все, что противорѣчитъ чести и безупречности профессіи, добросовѣстности и порядочности промысла; безнравствененъ договоръ, устанавливающій обязательство содѣйствовать извѣстному рѣшенію парламента; безнравствененъ договоръ, въ силу котораго членъ парламента или публицистъ обязуется выступать въ защиту извѣстныхъ взглядовъ и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ руководителемъ можетъ быть только свободное убѣжденіе ¹⁾. Безнравственны въ частности договоры о подкупѣ на выборахъ и договоры, устанавливающіе подкупъ съ цѣлью добиться постановленія большинства; въ этихъ случаяхъ даже нерѣдко установлены штрафы, напр., въ § 317 т. у., § 243 конк. уст. Безнравственна продажа врачебной или адвокатской практики, ибо здѣсь дѣло идетъ о личной годности и личномъ довѣріи, а подобныя вещи не продаются ²⁾.

Но къ безнравственнымъ договорамъ относится въ частности и всякій договоръ, противорѣчащій человѣческому достоинству, между прочимъ и такой, которымъ кто-либо настолько отказывается отъ своей свободы, что его личность перестаетъ быть само-

¹⁾ Вполнѣ справедливо объявилъ недавно, 30-го января 1901 г., римскій трибуналъ недействительнымъ договоръ, въ силу котораго газета получала-бы денежную субсидію подъ условіемъ, что она будетъ смотрѣть сквозъ пальцы на извѣстныя дѣйствія и т. д., Z. f. bürgerl. R. und. franz. Civ. R. XXXIV стр. 113 сл.

²⁾ Брауншвейгск. оберландсгерихтъ, 19 іюня 1902, Mugdan V, стр. 107, иначе Вреславльскій у Scherer, das dritte Jahr des. B. B. ст. 129.

стоятельной личностью. По этой мѣркѣ приходится судить о всѣхъ договорахъ, въ силу которыхъ кто-либо обязуется не мѣнять своего мѣстопробыванія, служить долгіе годы или совсѣмъ не заниматься какимъ-либо ремесломъ. Объ этомъ уже было говорено выше. Недѣйствительно обѣщаніе не жениться ¹⁾ или не прощать обидъ, и не идти на мировую ²⁾.

§ 55. Итакъ, безнравственные договоры недѣйствительны; они недѣйствительны какъ обязательственные договоры. Но не считается недѣйствительнымъ абстрактный вещный договоръ также какъ и абстрактный обязательственный договоръ; но и противъ абстрактнаго обязательственнаго договора можетъ быть заявлено возраженіе и предъявлена кондикція по §§ 812 и 817 гражд. улож., если онъ предназначенъ для достиженія безнравственныхъ цѣлей. Недѣйствительность сама собой приводитъ къ тому, что ни одна сторона не можетъ съ успѣхомъ искать съ другой исполненія ея обязательствъ. Отсюда можно было-бы заключить, что тотъ, кто съ своей стороны обязательства выполнилъ, можетъ отъ своего противника требовать выполненное обратно. Но это вѣрно только отчасти, ибо этому противостоитъ великій принципъ права: кто при своемъ искѣ самъ долженъ обличать себя въ безнравственности, такъ что ему самый искъ свой приходится обосновывать своей же безнравственностью, тотъ же можетъ предъявлять иска. Судъ стоитъ слишкомъ высоко, чтобы онъ сталъ возиться съ подобными низостями. Судъ вмѣшивается въ низости когда дѣло идетъ о томъ, чтобы ихъ уничтожить или заставить отступить, а не для того, чтобы оказывать дальнѣйшія услуги безнравственности. Оказывать услуги подобнаго рода совсѣмъ не подходящая задача для суда: судъ сталъ-бы посредникомъ въ нарушеніяхъ нравственности! На этомъ основанъ великій принципъ § 807, что тотъ, кто заключилъ безнравственный договоръ, притомъ такъ, что безнравственность существуетъ съ его стороны, не только не можетъ требовать исполненія договора, но не можетъ даже требовать возвращенія испол-

¹⁾ Ср. также объ американскомъ правѣ Bishop On marriage and divorce I § 207.

²⁾ Ср. еще статутъ Падун (1236) Nr. 718 p. 240.

³⁾ На основаніи §§ 656, 762 гражд. улож. кажется, будто абстрактный договоръ недѣйствителенъ самъ по себѣ и не нуждается въ возраженіи, но нельзя допустить, что здѣсь дѣйствуетъ не то-же самое, что и въ другихъ случаяхъ безнравственности. О векселѣ въ обезпеченіе общанія маклеру по брачнымъ дѣламъ см. Целле 6 февраля 1902 г., Mundag IV стр. 236.

неннаго, если таковое имѣло мѣсто. Съ такими претензіями ему совсѣмъ не для чего явиться передъ судомъ. Впрочемъ § 817 имѣетъ преимущественно въ виду случаи, когда зазорныя дѣйствія были съ обѣихъ сторонъ. Сюда въ частности относятся договоры безнравственные по самому своему существу, напр. о подкупѣ, организациі преступленій или полученіи за это денегъ; сюда же относится договоръ о контрабандѣ и др. Но можно себѣ представить такой случай, когда непристойныя дѣйствія имѣются на сторонѣ того, кто даетъ, а не того, кто беретъ; примѣръ такого случая мы имѣемъ въ ростовщичествѣ.

Одну изъ величайшихъ заслугъ германскаго гражданскаго уложенія составляетъ то, что оно преслѣдуетъ ростовщичество во всѣхъ его видахъ самымъ острымъ оружіемъ—ничтожностью сдѣлки. Понятіе ростовщичества постепенно освободилось отъ невыносимаго формализма: его уже сводятъ не къ извѣстному механическому отношенію обмѣна удовлетвореніями, а къ опредѣленнымъ духовнымъ и этическимъ моментамъ. Фактъ ростовщичества мы имѣемъ предъ собою тогда, когда чей либо нуждой, легкомысліемъ или неопытностью, т. е. его объективнымъ или субъективнымъ несчастнымъ положеніемъ пользуются для того, чтобы побудить его къ договору, который устанавливаетъ для него необычайныя невыгоды, притомъ такъ, что эта необычайная невыгодность договора для него связана ¹⁾ съ необычайной выгодой для его контрагента.

Само собой понятно, что, если нельзя требовать обратно исполненнаго въ томъ случаѣ, когда непристойныя дѣйствія имѣются какъ на сторонѣ того, кто давалъ, такъ и на сторонѣ того, кто бралъ, то это тѣмъ болѣе невозможно, когда тотъ, кто получалъ, дѣйствовалъ вполнѣ порядочно или, самое большее, повиненъ въ слабости характера или некорректности, а тотъ, кто давалъ, проявилъ дѣйствительную безнравственность. Примѣромъ служить договоръ ростовщичества. Было бы совершеннымъ извращеніемъ понятія, еслибы, напр., подстрекатель къ убійству не могъ требовать обратно выданную сумму и долженъ былъ оставить ее въ рукахъ

¹⁾ Ученіе о ростовщичествѣ развилось въ морскомъ правѣ; пользоваться нуждой другого на морѣ въ интересахъ чрезмѣрной эксплуатаціи уже въ древнѣйшее время считалось недопустимымъ: договоры, имѣвшіе подкладкой нужду на морѣ, считались недопустимыми такъ; Consolado 208 (2530), 232 (277) Guidon de la mer 31 (Pardessus, Lois maritimes 11 p. 236, 308, 394). Также издавна считались ничтожными договоры съ неполнолѣтними; ср. Novara (1277) с. 140, Parma (1374 Mon. hist. ad. prov. Parm. pert. I 4 p. 261).

злодѣя, а ростовщикъ, до крови тѣснившій свою жертву, имѣлъ право обратно вытребовать данныя деньги, несмотря на всю проявленную при этомъ безнравственность ¹⁾. Это ясно ²⁾ вытекаетъ изъ принципа § 817 гражд. улож.

Случай, когда безнравственность и недозволительность существуютъ только на одной сторонѣ, имѣется въ промышленномъ правѣ въ такъ называемой системѣ расплаты натурой. Здѣсь дѣйствуетъ положеніе, что платежъ въ формѣ противной закону (т. е. неденежной) ничтоженъ и не погашаетъ долга. И въ этомъ случаѣ уплачивающій не имѣетъ права требовать уплаченное обратно. Оно остается сначала у получателя, но, поскольку это его обогащаетъ, онъ долженъ передать это въ кассу помощи или въ подобное благотворительное учрежденіе (§ 116 уст. пром.). То же самое можно было бы, конечно, постановить и относительно ростовщичества.

Впрочемъ можетъ быть и такой случай когда безнравственный поступокъ совершаетъ только тотъ, кто получаетъ, но не тотъ, кто даетъ; напр., когда кого-либо силою или угрозами вынуждаютъ къ какому-либо дѣйствію, или онъ дѣлаетъ что-нибудь для другаго подъ вліяніемъ страха предъ его запугиваніемъ или необоснованнаго опасенія предъ возможной несправедливостью, а тотъ принимаетъ чинимое для него удовлетвореніе, хотя знаетъ о состояніи духа своего контрагента. Имѣются ли въ данномъ случаѣ основанія для оспариванія, зависятъ отъ обстоятельствъ; но во всякомъ случаѣ безнравственно поступаетъ тотъ, кто беретъ, а не тотъ, кто даетъ, послѣдній имѣетъ поэтому основаніе, требовать исполненное обратно: для обоснованія своего иска ему не придется обличать себя въ безнравственности.

§ 56. Ученіе пандектнаго права неоднократно требовали для договоровъ объ обязательственныхъ отношеніяхъ имущественнаго интереса. Это было необосновано съ точки зрѣнія римскаго права и не оправдывалось фактическимъ положеніемъ дѣлъ. Всего менѣе можно защищать положеніе, что для существованія обязательственнаго отношенія необходимо, чтобы кредиторъ получалъ какую-нибудь имущественную выгоду; но и та форма этого ученія, которая

¹⁾ Неправъ Eccius, Juristenzeitung VII стр. 41. Если подчиненность буквъ есть идеалъ юриста, то пусть молодые юристы перестанутъ на будущее время изучать своихъ римскихъ учителей; ибо они въ этомъ отношеніи величайшіе еретики!

²⁾ Ср. мои Ideale im Recht стр. 84, Neubecker, Juristenzeitung VII стр. 569.

утверждаетъ, что обязательственное отношеніе, правда, можетъ не устанавливать никакихъ имущественныхъ выгодъ для кредитора, но зато должно предоставлять какую-нибудь имущественную выгоду для третьихъ лицъ,—должна быть вполне отвергнута. Все ученіе покоится на ошибочномъ предположеніи, будто весь нашъ правопорядокъ есть правопорядокъ для имущества, а не для человѣческихъ интересовъ вообще. И тогда, когда стремятся къ чему-либо другому, кромѣ имущества и имущественныхъ благъ, право должно дать возможность дѣйствовать принудительно. Впрочемъ противоположность возрѣній смягчается, когда считаютъ достаточнымъ для дѣйствительности обязательства наличности имущественной выгоды третьихъ лицъ, и понятіе имущественной выгоды берутъ въ истинной широтѣ. При такомъ толкованіи имущественный интересъ существуетъ въ такихъ случаяхъ, когда пандектное право это совершенно отрицало. Такъ я могу даже съ точки зрѣнія, требующей имущественнаго интереса, заключить договоръ съ врачомъ въ пользу какого-нибудь благотворительнаго учрежденія, хотя я изъ такого договора и не извлеку никакой выгоды, но здѣсь существуетъ имущественная выгода для другихъ: она состоитъ для нихъ въ томъ, что они получаютъ удовлетвореніе, которое въ оборотѣ покупается за деньги. О такой имущественной выгодѣ можно говорить и тогда, когда я напр. вступаю въ соглашеніе съ фейерверкеромъ, чтобы онъ приготовилъ для моихъ гостей интересное зрѣлище, или съ пѣвицей, чтобы она ихъ во время обѣда развлекала своимъ пѣніемъ; тутъ всегда можно сказать, что я договоромъ предоставляю гостямъ удовольствіе, имѣющее имущественную цѣнность.

Однако этого недостаточно. Мыслимы договоры, которые не имѣютъ въ виду рѣшительно никакого имущественнаго пользованія, т. е. никакого пользованія, имѣющаго имущественную цѣнность, никакого пользованія, которое можно было-бы купить за деньги, а исключительно одни идеальные интересы, такъ напр., если кто-нибудь даетъ обѣщаніе отправиться на сѣверный полюсъ или наблюдать за Марсомъ, производить раскопки или просвѣщать язычниковъ. Можно, конечно, встрѣтить затрудненія, какъ путемъ принужденія заставить выполнить такое обязательство, но не этими затрудненіями опредѣляется юридическій характеръ договора, да и договоръ можетъ быть приведенъ въ исполненіе другимъ образомъ, напр., путемъ права задержанія и т. п.

Было-бы невыносимо, если-бы наше общество не знало другихъ юридическихъ отношеній кромѣ тѣхъ, которыя неразрывно свя-

заны съ имуществомъ и наживой. Конечно, не надо забывать, что правопорядокъ не можетъ охватить всего, но этотъ вопросъ относится уже къ другой области разсмотрѣнія. Нашъ правопорядокъ можетъ, естественно, касаться только того, что по воззрѣніямъ нашей культуры не должно быть предоставлено господству свободного общественнаго оборота, какъ напр., когда дѣло идетъ о религіозной дѣятельности или обстоятельствахъ, которые должны быть вполне предоставлены господству непосредственнаго усмотрѣнія, если мы не хотимъ совершенно уничтожить непринужденность человѣческой жизни, а человѣка превратить въ связанную долгомъ куклу. Такъ нужно смотрѣть на все, что касается посѣщенія друзей, прогулокъ съ другими и спорта.

2. Развѣтіе обязательственныхъ отношеній.

§ 57. *Невозможность исполненія* обязательствъ принимается во вниманіе въ качествѣ первоначальной и послѣдующей. Но намъ придется здѣсь различать три случая. Пандектное право уже отличало невозможность абсолютную и относительную; въ гражданскомъ уложеніи находимъ невозможность объективную и невозможность субъективную. Объективная невозможность есть невозможность для всякаго, субъективная—только для того, на комъ лежитъ обязательство; это то, что иначе называютъ несоразмѣрностью обязательства съ силами должника. Если обратимъ вниманіе на исходный пунктъ обязательства, т. е. на обѣщаніе, то увидимъ, что обѣ эти невозможности придется рѣзко различать. Въ томъ и другомъ случаѣ можетъ быть налицо фактъ несправедливости: не надо обѣщать ни невозможнаго, ни несоразмѣрнаго со своими силами; но существенное различіе состоитъ въ томъ, что въ первомъ случаѣ обѣщали нѣчто лежащее внѣ области человѣческихъ возможностей, во второмъ нѣчто возможное,—а это далеко не одно и то-же.

Все это относится къ невозможности первоначальной. Иначе обстоитъ дѣло съ невозможностью послѣдующей. Если она будетъ объективной, то обязательство конечно погашается, поскольку нѣтъ особыхъ основаній для того, чтобы оно всетаки оставалось въ силѣ (вина). Но то же самое придется признать и по отношенію къ невозможности субъективной; ибо было-бы несправедливо заставлять должника выносить тяжесть обстоятельствъ, появившихся позднѣе и отнявшихъ у него возможность исполненія. Кто

совершенно здоровымъ поступаетъ на службу, можетъ, конечно, за время службы заболѣть и, если при заключеніи договора каждый долженъ отдать себѣ ясный отчетъ о своихъ силахъ, то за завтрашній день никто ручаться не можетъ (§ 275 гражд. улож.).

Наряду съ невозможностями субъективной и объективной нужно различать еще третью разновидность, на которую есть указаніе въ § 279 гражд. улож., но очень неточное, а именно: каждый отвѣчаетъ, и не только въ моментъ заключенія договора, а въ теченіе всего времени, пока на немъ лежитъ обязательство, за то, что достижимо за деньги. Онъ постоянно отвѣчаетъ за деньги и другія вещи, опредѣленные только родомъ (пока только на свѣтѣ еще будутъ вообще оставаться такіа вещи); но онъ постоянно отвѣчаетъ и за другое обѣщанное удовлетвореніе, которое можно въ оборотѣ получить за деньги. Поэтому, если напр. должникъ не обязанъ оказывать услуги лично, если договоръ позволяетъ ему замѣнить себя другимъ, то онъ отвѣчаетъ безусловно, пока только вообще есть возможность достать рабочихъ. Гражданское уложеніе выразило это такимъ образомъ, что тотъ, кто обязался доставить предметъ опредѣленный только родомъ, отвѣчаетъ безусловно, пока вообще будутъ существовать предметы этого рода; но это нужно дополнить: онъ отвѣчаетъ, пока установленное договоромъ удовлетвореніе вообще можетъ быть достигнуто путемъ родовыхъ предметовъ, спеціально путемъ денежныхъ средствъ.

Особенно важное значеніе это пріобрѣтаетъ, когда, напр., какой-нибудь фабрикантъ по индивидуальнымъ основаніямъ не можетъ изготовить товаровъ, потому-ли что сгорѣло фабричное зданіе, или у него не хватило рабочихъ, или потому, что вслѣдствіе тяжести кризиса исполненіе натолкнулось на непредвидѣнныя трудности. Еслибы подобныя обстоятельства захотѣли разсматривать какъ препятствія, способныя освободить должника отъ его обязанностей, то это было-бы величайшимъ противорѣчіемъ потребностямъ оборота, который потерялъ бы свою устойчивость. Это было-бы возможно только въ томъ случаѣ, еслибы обязательство сводилось къ тому, что такіе-то товары должны быть изготовлены только данною фабрикою или только такими-то рабочими; тогда уже никакими деньгами нельзя было преодолѣть затрудненія и осуществить установленное договоромъ удовлетвореніе. Но если на фабрикантѣ лежитъ просто обязанность доставить товары или исполнить заказъ, то такіа обстоятельства не могутъ освободить его отъ своихъ обязательствъ. Подрядившему, послѣ того какъ онъ получилъ

отъ своего контрагента такое обѣщаніе, уже нѣтъ дѣла до колебаній на рабочемъ рынкѣ. Съ ними пусть вѣдается самъ должникъ; это уже его забота изыскать необходимыя мѣры, которыя бы обезопасили его одного или вмѣстѣ съ товарищами отъ подобныхъ затрудненій. Еслибы онъ могъ отклонить отъ себя отвѣтственность, то у производителей было-бы отнято сильнѣйшее побужденіе къ тому, чтобы думать о предосторожностяхъ на случай возможныхъ затрудненій и всѣми средствами стараться перенести кризисъ, а такое побужденіе необходимо: законодательство должно дать производителямъ толчекъ къ борьбѣ съ тяжелыми обстоятельствами. Въ настоящее время нерѣдко возникаютъ для борьбы со стачками предпринимательскіе союзы; но это явленіе всетаки не настолько частое, чтобы оно было въ силахъ уничтожить все значеніе выставленнаго выше положенія.

§ 58. Обязательственныя отношенія сближаютъ людей и даютъ одному возможность вліять на интересы другого. Этимъ объясняется слѣдующее положеніе, побѣдоносно проведенное уже въ римскомъ правѣ: лица, состоящія въ обязательственныхъ отношеніяхъ, несутъ по отношенію другъ друга обязанность соблюдать ту *заботливость*, которой требуетъ честный оборотъ. Каждый должникъ обязанъ поэтому не просто дѣйствовать по буквальному смыслу взятыхъ имъ на себя обязательствъ, а сдѣлать все, что по возрѣніямъ оборота необходимо для того, чтобы считать себя правымъ предъ своимъ контрагентомъ. Это относится какъ къ тѣмъ вещамъ, которыя принадлежать должнику и должны быть переданы кредитору, такъ, въ особенности, къ тѣмъ имущественнымъ объектамъ, которые принадлежать кредитору и только въ силу обязательственнаго отношенія попали въ пользованіе или храненіе должника. Раньше говорили о *заботливости хорошаго хозяина*, *boni patrisfamilias*; хорошимъ хозяиномъ признавался тотъ, кто не только въ собственномъ домѣ, но и въ оборотѣ съ другими имѣлъ полныя права субъекта гражданскаго оборота и такъ велъ себя, что оборотъ могъ имъ быть доволенъ. Отъ этого выраженія теперь отказались частью потому, что этотъ хорошій хозяинъ имѣетъ нѣкоторый филистерскій привкусъ, а частью потому, что оно недостаточно полно выражаетъ ту мысль, что хорошій хозяинъ долженъ въ сношеніяхъ съ третьими лицами честно выполнить взятые имъ на себя обязательства. Поэтому теперь больше говорятъ о *заботливости, требуемой гражданскимъ оборотомъ* (§ 276). При извѣстныхъ обстоятельствахъ законъ тре-

буетъ меньшей заботливости и устанавливаетъ отвѣтственность только за грубое небреженіе, такъ наз. *lata culpa*, въ противоположность указанной выше отвѣтственности за *omnis culpa*.

Это имѣетъ мѣсто, когда кто-либо изъ альтруистическихъ побужденій жертвуетъ собой для другихъ; въ этомъ случаѣ было-бы слишкомъ строго требовать отъ него не только жертвы, но еще особой заботливости въ веденіи дѣла (6521, 599, 680, ср. также от. 300 гр. улож.).

Наконецъ въ третьемъ рядѣ случаевъ отвѣчаютъ въ отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ только за ту заботливость, которую должникъ обычно соблюдаетъ *въ своихъ собственныхъ дѣлахъ*. Это имѣетъ мѣсто, когда отношеніе не носитъ вполне дѣлового характера, когда оно лежитъ въ такихъ пограничныхъ областяхъ, гдѣ собственные интересы перемѣшиваются съ чужими интересами, а собственное имущество съ чужимъ имуществомъ. Странно было бы разсматривать мужа въ его имущественныхъ отношеніяхъ къ женѣ, какъ чужого, или въ отцѣ видѣть только опекуна-управляющаго имуществомъ своихъ дѣтей, или дѣйствія члена товарищества по дѣламъ товарищества считать только актами управленія чужимъ имуществомъ. Въ такихъ случаяхъ было бы неумѣстно проводить ясныя границы и рѣзко отдѣлять дѣятельность по своимъ дѣламъ отъ дѣятельности въ этихъ сосѣдскихъ и пограничныхъ областяхъ и требовать, чтобы въ каждое мгновеніе, когда человѣкъ переходитъ эту границу и вступаетъ въ область общаго имущества, онъ мѣнялъ характеръ и превращался въ другое существо. Поэтому римское право съ полнымъ основаніемъ установило въ большинствѣ подобныхъ случаевъ отвѣтственность только за *culpa in concreto* т. е. за ту заботливость, которую должникъ проявляетъ въ собственныхъ дѣлахъ; эта особая конструкція отвѣтственности, единственно удовлетворяющая требованіямъ справедливости и жизни, составляетъ одинъ изъ блестящихъ пунктовъ римскаго права (§§ 1359, 1664, 708, 2131, также 690 гражд. улож.).

Наконецъ, въ немногихъ случаяхъ отвѣтственность выходитъ за предѣлы обычной въ оборотѣ заботливости и превращается въ отвѣтственность вплоть до непреодолимой силы—*vis maior*. Объ этомъ будетъ рѣчь впереди. Наоборотъ, отвѣтственность мужа при управленіи общимъ имуществомъ не идетъ дальше злого умысла и непосредственныхъ нарушеній закона (§ 1456 гражд. улож.).

§ 59. Трудное положеніе, которое получается, когда въ обязательныхъ отношеніяхъ удовлетвореніе не послѣдовало *своевременно*, вы-

звало въ германскомъ гражданскомъ уложеніи нѣсколько запутанную регулировку, которая однако въ общемъ и цѣломъ заслуживаетъ полнаго одобренія. Ясно, чѣмъ то было до сихъ поръ, получила свое выраженіе мысль, что *просрочка* въ собственномъ смыслѣ наступаетъ только въ томъ случаѣ, когда или должникъ виновенъ въ небреженіи или на лицо имѣются другія отношенія, въ силу которыхъ онъ отвѣчаетъ за неисполненіе. Если же такихъ отношеній нѣтъ, то нѣтъ и просрочки въ собственномъ смыслѣ. Однако, несмотря на это, нѣкоторые договорныя отношенія конструированы такимъ образомъ, что при нихъ и безъ просрочки наступаютъ совершенно подобныя юридическія послѣдствія (примѣромъ ихъ могутъ въ частности служить договоръ подряда и издательскій договоръ, § 633 сл. гражд. улож., § 30 закона объ издательскомъ правѣ). Кромѣ того, къ сходнымъ съ просрочкой послѣдствіямъ, приводитъ отчасти процессъ, начатый о какомънибудь обязательственномъ отношеніи; сходнымъ, но не къ одинаковому и не ко всѣмъ. Въ этой конструкціи гражданского уложенія заключается большая тонкость, быть можетъ даже чрезмѣрная; ибо случаи, когда возможенъ процессъ безъ просрочки сравнительно рѣдки, такъ рѣдки, что даже возникаетъ вопросъ, имѣлъ ли вообще законъ основаніе включить въ себя такой сложный аппаратъ?

Просрочка и процессъ приводятъ къ тому, что по денежнымъ долгамъ должны быть уплачены проценты (проценты за время просрочки, съ момента вчатія иска); они приводятъ также къ тому, что должникъ отвѣчаетъ если и не за всѣ, то за нѣкоторые убытки и лишенія. Если рѣчь идетъ о выдачѣ полезной или плодоносной вещи, то, даже въ случаѣ простаго процесса безъ просрочки, должникъ отвѣчаетъ за всю пользу, которую онъ извлекъ, болѣе того, даже за ту, которой онъ не извлекъ, но долженъ былъ извлечь. Сходство послѣдствій процесса и просрочки сказывается еще въ слѣдующемъ: если должникъ совершилъ просрочку, при томъ такъ, что запоздавшее удовлетвореніе не представляетъ уже для кредитора никакого интереса (напр. ремесленникъ принесъ дорожный сундукъ, послѣ того, какъ заказчикъ ужъ давно закончилъ свое путешествіе), то кредиторъ можетъ вмѣсто исполненія требовать возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ имъ вслѣдствіе несоблюденія условій договора, а въ случаѣ просрочки по договору, устанавливающему обоюдныя обязательства, онъ имѣетъ это право и безъ того, если должникъ не исполнитъ своего обязательства въ теченіе даннаго ему дополнительнаго срока (§§ 286, 326 гражд. улож.).

Таковы постановленія о просрочкѣ. Нѣчто сходное примѣняется, когда противъ должника состоялось вошедшее въ законную силу судебное рѣшеніе: въ этомъ случаѣ, кредиторъ можетъ дать ему срокъ для исполненія своего обязательства, послѣ котораго онъ исполненія больше не приметъ; если должникъ все-таки обязательства не выполнитъ, то кредиторъ можетъ уже потребовать возмѣщенія убытковъ за неисполненіе (§ 283 гражд. улож.). Въ этомъ случаѣ кредиторъ можетъ сдѣлать это даже безъ просрочки должника, слѣд. и тогда, когда должникъ встрѣтилъ къ исполненію обязательства какое либо препятствіе, за поступленіе котораго онъ не можетъ быть признанъ отвѣтственнымъ. Мысль такова: со времени изданнаго рѣшенія обязательство должника установлено твердо и безусловно, а потому становится независимымъ отъ какихъ либо препятствующихъ факторовъ, по крайней мѣрѣ въ той мѣрѣ, что онъ, при невозможности удовлетворенія натурою, обязывается выдать денежный эквивалентъ.

На этомъ оканчивается сходство. Въ другихъ отношеніяхъ послѣдствія просрочки, естественно, гораздо строже. Въ случаѣ просрочки должникъ отвѣчаетъ за всякій вредъ; онъ ствѣчаетъ даже за случайную гибель вещи; здѣсь онъ долженъ во всякомъ случаѣ доказать, что вещь погибла бы, если бы она находилась и въ рукахъ кредитора. Наоборотъ, при судебномъ рѣшеніи, поскольку нѣтъ просрочки, должникъ обыкновенно (за исключеніемъ случая § 992 гражд. улож.) отвѣчаетъ лишь за небрежность (§§ 287, 989, 292 гражд. улож.).

§ 60. Ученіе о *вознагражденіи за вредъ и убытки* получило въ германскомъ гражданскомъ уложеніи замѣчательную форму. Вознагражденіе за вредъ и убытки это то, что должно быть исполнено въ томъ случаѣ, если не послѣдовало въ чемъ либо надлежащаго удовлетворенія по обязательству, и если есть на лицо кто нибудь, кто является виновникомъ этого неудовлетворенія или является за него отвѣтственнымъ. Отсутствіе надлежащаго удовлетворенія можетъ состоять или въ томъ, что была заключена сдѣлка, которая не должна была имѣть мѣста, или въ томъ, что осталось невыполненнымъ дѣйствіе, о совершеніи котораго кто либо долженъ былъ заботиться. Въ первомъ случаѣ мы говоримъ объ *отрицательномъ*, во второмъ о *положительномъ интересѣ*. Гражданское уложеніе знаетъ три случая такъ называемаго отрицательнаго интереса. Но этимъ названная категорія случаевъ не замыкается, а даетъ, наоборотъ, мѣсто новымъ видамъ примѣненія. Во второмъ

изъ упомянутыхъ случаевъ отрицательный интересъ подлежитъ возмѣщенію и независимо отъ вины отвѣчающаго за него лица, и *въ одномъ случаѣ* только тогда, когда на лицо есть вина.

Эти три случая слѣдующіе: 1) если кто нибудь заключаетъ ничтожную или оспоримую сдѣлку, — ничтожную въ томъ случаѣ, если волеизъявленіе сдѣлано въ предположеніи, что другой контрагентъ не приметъ его за серьезное, а между тѣмъ этотъ послѣдній отнесся къ нему дѣйствительно серьезно. Предположеніемъ является, конечно, то, что другая сторона дѣйствовала безъ небрежности; глупые люди и идіоты, не понимающіе шутокъ, не имѣютъ право на вознагражденіе нашими деньгами. Оспоримая сдѣлка даетъ мѣсто возмѣщенію этого интереса тогда, когда сдѣлка оспаривается по причинѣ ошибки или неправильной передачи (ср. § 118—122 гражд. улож.). 2-й случай имѣетъ мѣсто тогда, когда кто нибудь заключаетъ сдѣлку въ качествѣ представителя, но не имѣя дѣйствительнаго полномочія и въ тоже время совершенно не зная о послѣднемъ. И здѣсь предполагается, что другая сторона не подлежитъ упреку въ небрежности, такъ какъ если бы она знала объ этомъ недостаткѣ или должна была знать о немъ, то сдѣлка не имѣла бы по отношенію къ ней никакой силы (§ 179 гражд. улож.).

3-й случай, наконецъ, тотъ когда заключена невозможная сдѣлка, т. е. сдѣлка, исполненіе которой невозможно, и если обязавшееся лицо виновно по крайней мѣрѣ въ небрежности, поскольку оно должно было знать о невозможности исполненія. И тутъ слѣдуетъ исключить случай, когда другая сторона также повинна въ небрежности, ибо если и она должна была знать о невозможности, то обѣ стороны свободны отъ какой либо отвѣтственности другъ предъ другомъ (§ 307 гражд. улож.).

Отвѣтственность въ этихъ случаяхъ представляетъ собою отвѣтственность не за исполненіе сдѣлки, а за ущербъ проистекающій ¹⁾ отъ ея заключенія. Неправильность здѣсь состоитъ въ томъ, что заключена сдѣлка, которая не должна была бы быть заключена. На это можно было бы возразить, что подобное заключеніе сдѣлки можно

¹⁾ Ученіе о culpa in contrahendo прославили какъ великое открытіе Іеринга; это исторически невѣрно, такъ какъ уже Прусское земское право въ I 5 § 284 постановляетъ: „за нарушеніе своихъ обязанностей при заключеніи договора каждая изъ договаривающихся сторонъ отвѣчаетъ въ той же мѣрѣ, въ какой она отвѣчаетъ за свою вину при его исполненіи“.

бы просто игнорировать, и что въ качествѣ юридическаго явленія оно не должно оставить никакой почвы для дальнѣйшихъ послѣдствій; ибо право можетъ уничтожить то, что оно само же и создало. Но это значило бы отрицать взаимную зависимость права и хозяйства; это значило бы отрицать, что заключеніе сдѣлки имѣло—и исполнѣ основательно—вліяніе на дѣятельность и бездѣйствіе другой стороны, ибо всякій разумный хозяинъ руководится въ своихъ планахъ существующими у него договорными отношеніями. Въ частности другая сторона можетъ вслѣдствіе этого, во-первыхъ, сдѣлать то, чего бы она иначе дѣлать не стала, напр. приготовленія для принятія ожидаемаго исполненія. Къ этимъ приготовленіямъ естественно относятся мѣры для исполненія со стороны кредитора встрѣчныхъ обязательствъ, причемъ принимаются во вниманіе не только расходы, но и ущербъ, который отъ этого возникъ, напр. уже были сложены товары, и что-нибудь при этомъ испортилось. Во-вторыхъ, въ частности, здѣсь принимается во вниманіе и то, что вслѣдствіе недѣйствительной сдѣлки не произошло, ибо кто считаетъ свою потребность покрытой уже заключенной имъ сдѣлкой, воздержится отъ заключенія дальнѣйшихъ, быть можетъ очень для него выгодныхъ и будетъ иногда жалѣть, что онъ уже связанъ и не можетъ вступить въ другія сдѣлки. Кто напр. думаетъ, что онъ уже обезпечилъ себя договоромъ найма, долженъ будетъ отказаться отъ новаго предложенія, хотя бы оно было на 500 марокъ дешевле, а потомъ, когда ничтожность или недѣйствительность уже заключеннаго договора для него выяснится, очень можетъ быть окажется вынужденнымъ удовлетворить своей потребности за гораздо болѣе высокую сумму.

Послѣдній примѣръ намъ въ то же время показываетъ, что иногда отрицательный интересъ можетъ оказаться выше положительнаго. Если я заключилъ за 5000 марокъ договоръ найма, который въ силу какого-либо недостатка оказался юридически недѣйствительнымъ, по все-же заставилъ меня отказаться отъ договора за 4500 марокъ, и если теперь я по третьему договору долженъ заплатить уже 5500 марокъ, то положительный ущербъ, т. е. тотъ, который опредѣляется разностью между тѣмъ, что я теперь имѣю, и тѣмъ, что я имѣлъ бы, если бы сдѣлка была выполнена, будетъ равенъ 500 маркамъ, отрицательный же интересъ 1000 марокъ. Поэтому является исполнѣ разумнымъ то основное правило, что отрицательный интересъ никогда не долженъ быть выше положительнаго. Вѣдь если бы договоръ оказался дѣйствительнымъ

и затѣмъ не былъ соблюденъ, то возмѣщенію подлежалъ бы только положительный ущербъ; если же онъ не соблюденъ именно потому, что онъ дѣйствителенъ, то положеніе обѣщающаго никоимъ образомъ не можетъ быть менѣе благопріятнымъ, чѣмъ тогда, когда договоръ заключенъ надлежащимъ образомъ и затѣмъ все же не былъ выполненъ.

Бываютъ еще другіе случаи, когда возмѣщенію подлежитъ отрицательный ущербъ; это мы имѣемъ всегда въ томъ случаѣ, когда ущербъ заключается именно въ заключеніи договора, котораго бы вовсе не должно было быть. Главный случай слѣдующій: кто объявляетъ себя готовымъ къ дѣйствію, которое ставить въ опасность его личность, можетъ потомъ отъ договора отступить; точно также могутъ отказаться отъ исполненія натурщикъ или натурщица, которые сначала предложили себя въ качествѣ модели для фотографическаго снимка, долженствующаго получить распространеніе, а затѣмъ стали колебаться подъ вліяніемъ какихъ-либо сомнѣній, напр., не желая выставить на показъ свое тѣло въ непокрытомъ видѣ. Въ обоихъ случаяхъ наступаетъ послѣдующее расторженіе уже заключеннаго договора и обѣщающій долженъ поэтому отвѣчать за самый фактъ обѣщанія, которое вызвало у другой стороны надежду на исполненіе; ибо, если бы обѣщаніе, не было дано, другая сторона не стала-бы готовиться; она могла-бы найти другія модели, на которыя она не обращала вниманія, между тѣмъ какъ достать ихъ теперь уже гораздо труднѣе. Но возмѣщенію подлежитъ только отрицательный интересъ, а не положительный, ибо право отказаться отъ исполненія модель имѣла. Однако обѣщаніе влечетъ за собою обязанность возмѣщенія ущерба: модель не должна была обѣщать, тогда все осталось-бы по-прежнему, и у фотографа не возникло-бы никакихъ ожиданій; то же самое имѣетъ мѣсто по отношенію къ тому, кто заключилъ опасную сдѣлку ¹⁾

Въ противоположность этому, въ ученіи о *возмѣщеніи положительнаго интереса* гражданское уложеніе вполне прониклось стремленіемъ къ возможному возстановленію заключенныхъ и затѣмъ нарушенныхъ сдѣлокъ, и въ этомъ отношеніи вполне соотвѣтствуетъ нашимъ воззрѣніямъ. Намъ противно чувствовать себя вынужденными удовлетвориться деньгами вмѣсто того, на что мы въ правѣ претендовать; если мы вмѣсто удовлетворенія по договору

¹⁾ О модели ср. *Eigenbild im Recht* стр. 23.

согласны удовлетвориться деньгами, то это наше дѣло, но противникъ не имѣетъ никакого права вынуждать насъ къ этому. Поэтому я, какъ управомоченный къ возмѣщенію ущерба, могу требовать, чтобы другая сторона доставила то, что она по своему обязательственному отношенію должна доставить, и чтобы деньги уплачивались взамѣнъ вещей только въ качествѣ вспомогательнаго средства. Это положеніе ¹⁾—чрезвычайно богатое послѣдствіями. Такъ напр., если мой ущербъ состоитъ въ дѣйствіяхъ другого, возмѣщеніе ущерба можетъ заключаться въ отказѣ отъ этихъ дѣйствій; я могу такимъ образомъ изъ запрещенія дѣйствовать вывести притязаніе на бездѣйствіе. Въ этомъ смыслѣ получаютъ чрезвычайное значеніе §§ 823 и 826 гражданскаго уложенія и вообще всѣ законы, касающіеся недозволенныхъ дѣйствій. И въ случаѣ неудовлетворительнаго исполненія первое мое право состоитъ въ томъ, чтобы другая сторона свое удовлетвореніе улучшила, дополнила, завершила; а въ случаѣ запоздавшаго удовлетворенія въ томъ, чтобы она какимъ-либо образомъ загладила тѣ неблагоприятныя послѣдствія, которыя возникли въ силу просрочки (§ 249 гражд. улож.).

Это положеніе нельзя однако проводить безъ нѣкоторыхъ уклоненій. Въ частности могутъ встрѣтиться случаи, когда возстановленіе, т. е. осуществленіе обусловленнаго въ договорѣ состоянія можетъ вызвать совершенно несоразмѣрные расходы. Вспомнимъ напр. случай, когда зданіе по причинѣ какого-нибудь недостатка пришлось-бы совершенно перестроить, или когда представленіе обусловленнаго договоромъ обезпеченія возможно только съ помощью капитальныхъ затратъ и потерь. Въ этомъ случаѣ притязаніе всетаки идетъ на возстановленіе, но другая сторона имѣетъ такъ называемое *facultas alternativa*: вмѣсто возстановленія она можетъ отдѣлаться денежнымъ вознагражденіемъ. Въ трехъ случаяхъ управомоченному позволяется требовать денежнаго удовлетворенія вмѣсто вещнаго: 1) когда вредъ причиненъ личности; 2) когда повреждена вещь. Въ обоихъ случаяхъ управомоченный имѣетъ полное основаніе отклонить вмѣшательство посторонняго лица въ его дѣла; раненый не захочетъ предоставить свое леченіе заботамъ своего обидчика, а если кто-нибудь у меня побьетъ стекла, то я предпочту лично сдѣлать распоряженіе, чтобы ихъ вставили, чѣмъ еще разъ портить себѣ кровь въ пререканіяхъ съ скандалистомъ. 3-й случай мы имѣемъ тогда когда противной сторонѣ

¹⁾ Извѣстное впрочемъ и прежнему праву.

данъ былъ срокъ для вещнаго удовлетворенія, а они этотъ срокъ пропустили, напр. я кому-нибудь, виновному въ пропажѣ моей вещи, далъ шестинедѣльный срокъ для ея доставленія. Очевидно было-бы не въ моихъ интересахъ, если-бы мнѣ пришлось безконечно ждать, пока принесутъ вещь, а перейти къ другимъ мѣрамъ могъ-бы только съ того момента, когда доставленіе вещи уже станетъ невозможнымъ. Въ частности для договоровъ перевозки съ желѣзными дорогами, для этого часто устанавливаются особые сроки (§§ 249 сл. гражд. улож., а по отношенію къ желѣзнымъ дорогамъ ср. дорожный уставъ §§ 35, 79, 32, Бернская желѣзнодорожная конвенція а. 33, 36). По отношенію къ этимъ тремъ случаямъ имѣетъ силу еще слѣдующее: въ первыхъ двухъ случаяхъ выборъ предоставляется кредитору, въ послѣднемъ случаѣ право на реальное возмѣщеніе ущерба по истеченіи срока переходитъ въ право на денежное его возмѣщеніе.

Во всѣхъ случаяхъ, когда реальное возмѣщеніе невозможно, приходится довольствоваться денежнымъ, т. е. абстрактнымъ имуществомъ замѣняется тотъ пробѣлъ, который у кого либо произошелъ въ силу того, что не случилось того конкретнаго дѣйствія, за которое другой отвѣчаетъ. Имущественное положеніе, которое должно быть этимъ путемъ восстановлено, слѣдуетъ разсматривать съ двухъ точекъ зрѣнія: съ точки зрѣнія отдѣльных имущественныхъ объектовъ и съ точки зрѣнія всего имущества въ цѣломъ. Напр. если у меня пропала вещь, то цѣнностью ея съ точки зрѣнія отдѣльных имущественныхъ объектовъ будетъ не что иное, какъ ея рыночная цѣнность. Но у разумнаго хозяина всѣ его вещи получаютъ значеніе благодаря ихъ взаимному воздѣйствію другъ на друга; одна, естественно, вліяетъ на употребленіе другой и такимъ образомъ производитъ новыя цѣнности. Если теперь уничтожить одинъ изъ элементовъ, то очень возможно, что въ силу этого придется остановить цѣлое производство. Но это также ущербъ, ущербъ взятый съ точки зрѣнія имущества въ цѣломъ, въ противоположность ущербу въ отдѣльных имущественныхъ объектахъ. Въ этомъ случаѣ говорятъ объ утерянной прибыли. Конечно тутъ еще слѣдуетъ рѣшить вопросъ, дѣйствительно-ли было основаніе ожидать созданія этихъ имущественныхъ цѣнностей. Если бы стали требовать полной увѣренности, то большей частью ни къ чему-бы не пришли; ибо подобное созданіе цѣнностей есть и будетъ проблематичнымъ: что произошло бы при данныхъ обстоятельствахъ, этого навѣрное нельзя знать безъ

пророческаго дара. Поэтому законодательства современныхъ культурныхъ народовъ стремятся въ данномъ случаѣ на мѣсто увѣренности поставить вѣроятность; германское гражданское уложеніе выразило эту мысль въ § 252. Когда вѣроятность можетъ замѣнить увѣренность, слѣдуетъ судить по тому, считаютъ-ли по правиламъ житейскаго обихода такое-то ожиданіе настолько прочнымъ, чтобы сдѣлать его исходнымъ пунктомъ для дальнѣйшей хозяйственной дѣятельности; на чемъ строится жизнь, на томъ можетъ и должно строиться право. Цѣнность этого положенія понятна само собой. Отсюда ясно, что вопросъ о размѣрѣ возмѣщаемаго ущерба имѣетъ не только фактическое, но и юридическое значеніе.

Если такимъ образомъ ученіе гражданского уложенія о возмѣщеніи ущерба слѣдуетъ признать во многихъ пунктахъ удачнымъ, то съ другой стороны оно все же оставляетъ желать многого. Неправильно, когда денежное вознагражденіе, къ выдачѣ котораго приводитъ обязанность возмѣщенія ущерба, остается всегда одинаковымъ, независимо отъ обстоятельствъ, которыя вызвали отвѣтственность должника, въ частности независимо отъ большей или меньшей степени его вины. Многія законодательства допускаютъ здѣсь цѣлый рядъ послѣдовательныхъ ступеней, а нѣкоторыя предоставляютъ суду большую или меньшую область свободы. Германское гражданское уложеніе, къ сожалѣнію, все свело здѣсь къ одной точкѣ зрѣнія; оно знаетъ только одно возмѣщеніе ущерба, а не цѣлую ихъ лѣстницу, и самое большее, что можно сдѣлать въ исправленіе этой точки зрѣнія это воспользоваться § 254 гражд. улож., согласно которой принимается во вниманіе, насколько поведеніе управомоченнаго по возмѣщенію ущерба способствовало увеличенію размѣровъ ущерба, напр., тѣмъ путемъ, что онъ не сдѣлалъ надлежащихъ указаній.

Но гораздо большій недостатокъ составляетъ недопущеніе возмѣщенія за нравственный ущербъ, по крайней мѣрѣ принципиальное недопущеніе. Въ нѣкоторыхъ важныхъ случаяхъ гражданское уложеніе къ счастью пришло на помощь настоятельной потребности, — иначе оно оказалось-бы далеко позади прежняго права. Случаи эти содержатся въ §§ 1300, 847 и отчасти еще въ § 343. Но это сведеніе вопроса къ отдѣльнымъ случаямъ принципиально недопустимо. Отказъ въ предоставленіи опредѣленія этихъ случаевъ усмотрѣнію германскихъ судей представляетъ собою ничѣмъ неоправдываемое выраженіе недовѣрія къ нимъ; они въ этомъ отношеніи

обнаружили неменьшее умѣніе, чѣмъ ихъ французскіе и англійскіе коллеги. Въ очень многихъ случаяхъ ущербъ главнымъ образомъ состоитъ не въ поврежденіи имущества, а въ безпокойствѣ, возбужденіи, неизбѣжной суетѣ, вызванной тяжелымъ положеніемъ, безсонница и другихъ непріятностей, за которыя, къ сожалѣнію, не дается никакого удовлетворенія; какъ будто подобныя обстоятельства, затрагивающія внутреннее существо личности человѣка, имѣютъ меньше значенія, чѣмъ деньги и имущество; какъ будто право можетъ кому-либо позволить готовить своими несправедливостями другимъ людямъ безсонныя ночи, лишь-бы только деньги и имущество остались неприкосновенными. То обстоятельство, что, наряду съ обязанностью возмѣщенія ущерба, въ уголовномъ процессѣ, противно всякой принципиальности, существуетъ еще институтъ денежнаго удовлетворенія, не превращаетъ еще все цѣлое въ гармоническое зданіе. Остается только удивляться тому, что по закону 20 мая 1908 г. въ случаѣ, когда несправедливый штрафъ юридически слагается при новомъ разбирательствѣ, возмѣщенію подлежитъ только имущественный ущербъ (§ 2). Въ этомъ отношеніи мы стоимъ еще далеко не на высотѣ.

Недостаточность размѣра вознагражденія отчасти возмѣщается:

Во-1-хъ, возможностью устанавливать неустойку. Правда, судъ можетъ понизить ея размѣръ (въ не торговыхъ дѣлахъ, § 343 гражд. улож., § 348 торг. улож.); но онъ долженъ при этомъ принять во вниманіе, что въ договорную неустойку можетъ и обычно включается еще возмѣщеніе за огорченія и нравственный ущербъ.

Во-2-хъ, постановленіями закона, которыя въ извѣстныхъ случаяхъ разъ навсегда устанавливаютъ опредѣленное возмѣщеніе, независимо отъ наличности имущественнаго ущерба, напр., въ случаѣ нарушенія договора съ подмастерьемъ или приказчикомъ по § 124 в., уст. пром. Тамъ сказано, что за тотъ день, когда былъ нарушенъ договоръ, и за каждый слѣдующій день, но самое большее въ теченіе недѣли, можно требовать обычную въ данной мѣстности дневную плату, и для этого не требуется наличности какого-либо имущественнаго ущерба. Этимъ не исключается право вычислить свой интересъ и требовать его возмѣщенія. Это послѣднее право стоитъ на первомъ мѣстѣ, но вмѣсто него можно заявить притязаніе на основаніи § 124 в.

Другой случай, когда законъ самъ устанавливаетъ размѣръ возмѣщенія, мы находимъ въ § 127 д. уст. пром. (объ ученикахъ).

§ 61. Связанность сторонъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ выражается въ томъ, что очень часто исполненіе обязательства возможно только при условіи *содѣйствія кредитора*, такъ, напр., когда удовлетвореніе состоитъ въ томъ, чтобы какое-нибудь право изъ имущества одного лица было перенесено въ имущество другого, или въ томъ, чтобы было совершено дѣйствіе, которое затрогиваетъ личность или имущественную сферу другого. Во всѣхъ этихъ случаяхъ исполненіе со стороны должника возможно только при условіи, что кредиторъ приметъ перенесенное право, сдѣлаетъ то, что должно быть сдѣлано въ его имущественной области, или допустить другихъ это сдѣлать. Впрочемъ эта связанность не всегда бываетъ на лицо; есть масса дѣйствій, которыя должникъ можетъ совершить въ своей области, такъ что результатъ только косвеннымъ образомъ идетъ въ пользу кредитора: напр., когда должникъ обязался снести строеніе, чтобы доставить кредитору лучшей видъ, или когда должникъ взялъ на себя сдѣлать что-либо для третьяго лица, такъ что рѣчь можетъ идти, самое большее, о принятіи этого третьяго лица, а ужъ никакъ не кредитора или, напр., когда должникъ обѣщалъ усовершенствовать какое-нибудь открытіе или по крайней мѣрѣ поработать въ области этого открытія или другой полезной для человѣчества области дѣятельности. Точно такъ же не зависятъ отъ содѣйствія кредитора обязательства, предметомъ которыхъ служить воздержаніе отъ дѣйствія.

Но тамъ, гдѣ содѣйствіе кредитора необходимо, можетъ представиться случай, когда должникъ готовъ къ исполненію, а кредиторъ не дѣлаетъ того, что онъ долженъ сдѣлать, потому-ли, что онъ не можетъ, или потому, что онъ не желаетъ, все равно по недоразумѣнію, по упрямству или въ силу какого-либо другого основанія. Тутъ возникаетъ трудное съ юридической точки зрѣнія положеніе, которое нужно какъ-нибудь преодолѣть; ибо, если должникъ обязанъ исполнить свое обязательство, то ему также должны дать возможность исполнить, не только для того, чтобы успокоить его совѣсть, но и для того—это даже стоитъ на первомъ планѣ,—чтобы освободить его имущество отъ тяжести обязательства и оградить его отъ угрожающаго ему во всякую минуту вторженія кредитора. Это въ особенности относится къ тому случаю, когда долгъ обезпеченъ поручительствомъ или залогомъ; здѣсь освобожденіе должника, приводящее къ освобожденію третьихъ лицъ, получаетъ двойной интересъ. Думали сначала, что найдутъ правильный исходъ, если принудятъ кредитора оказать содѣйствіе. Но такой путь въ

дѣйствительности совершенно ошибоченъ, ибо кредиторъ долженъ во всякомъ случаѣ имѣть возможность отказаться отъ своего права, и самое большее, куда можно было-бы пойти въ этомъ отношеніи,— это считать кредитора отказавшимся отъ своего права, если онъ въ теченіе извѣстнаго срока не сдѣлаетъ того, что ему слѣдовало сдѣлать. Но на это не рѣшались—и вполнѣ правильно,—такъ какъ такое правило было во многихъ случаяхъ слишкомъ сурово для кредитора. Правильный исходъ, къ которому народы ошупью и, конечно, совершенно независимо другъ отъ друга пришли съ теченіемъ времени, заключается въ томъ, что должнику предоставлено право односторонне освободиться отъ обязательства такимъ способомъ, который все таки сохранялъ бы за кредиторомъ возможность болѣе или менѣе получить тѣ выгоды, которыя имъ связывались съ удовлетвореніемъ должника. Такъ пришли къ слѣдующей системѣ: должникъ оставляетъ вещь или кладетъ деньги въ опредѣленномъ мѣстѣ такъ, чтобы кредиторъ могъ ихъ оттуда взять, онъ объявляетъ себя готовымъ оказать кредитору, выговоренныя услуги такъ, чтобы послѣдній могъ еще въ послѣднее мгновеніе принять удовлетвореніе. Такимъ образомъ образовалась система такъ называемыхъ *суррогатовъ удовлетворенія*, конечно различныхъ въ зависимости отъ возрѣвнй народовъ. У индусовъ вещь, служившая объектомъ обязательства, отдавалась богу Варуна; у пѣмцевъ деньги относились на порогъ кредитора или въ священную рошу, у римлянъ ихъ относили въ храмъ или оставляли запечатанными у себя. Теперь деньги, драгоценности, документы, цѣнные вещи передаются на храненіе въ присутственное мѣсто; по отношенію къ другимъ вещамъ, къ сожалѣнію, далеко еще не существуетъ необходимыхъ мѣръ, и должникъ оказывается здѣсь въ болѣе или менѣе стѣсненномъ положеніи: онъ долженъ продать съ публичнаго торга то имущество, которое кредиторъ не принимаетъ и внести вырученную сумму (§ 383 гражд. улож.)—средство, которое, однако, не всегда приводитъ къ цѣли. Если кредиторъ не принимаетъ недвижимости, то должникъ можетъ отказаться отъ владѣнія ею, предупредивъ о томъ кредитора (§ 303 гражд. улож.). Если кредиторъ не принимаетъ услугъ, то обязательство должника считается исполненнымъ, и кредиторъ обязанъ исполнить свое, причемъ допускается вычетъ того, что благодаря неоказанію услугъ должникъ сберегъ или приобрѣлъ другимъ способомъ или могъ бы приобрѣсть, если-бы дѣйствовалъ добросовѣстно и умышленно не упустилъ представившійся ему случай (§ 615 гражд. улож.). То же самое имѣетъ

силу при договорѣ подряда, когда кредиторъ отказывается принять подрядъ: само собой понятно, что и въ этомъ случаѣ вычитается все то, что подрядчикъ сберегъ благодаря неудовлетворенію (§ 649 гражд. улож.). Въ гражданскомъ уложеніи это выражено формулой, что заказчикъ можетъ потребовать прекращенія договора; это значить, что онъ заявляетъ, что онъ не хочетъ исполненія. Напр., я заказалъ архитектору домъ и затѣмъ раскаялся: я могу отмѣнить подрядъ могу „отказаться“, но только въ томъ смыслѣ, что я долженъ буду со своей стороны исполнить въ пользу архитектора все согласно договору, причемъ допускаются различные вычеты; но это не настоящій отказъ, какъ это будетъ показано дальше.

Такъ въ общемъ можетъ должникъ выйти изъ своего затруднительнаго положенія. Въ отдѣльныхъ случаяхъ здѣсь все еще остаются для него нѣкоторые неудобства, такъ какъ онъ не всегда можетъ или не всегда рѣшится прибѣгнуть къ этимъ суррогатамъ удовлетворенія. Отсюда дальнѣйшее правило, что въ случаѣ *просрочки въ принятіи со стороны* кредитора, т. е. просрочки въ оказаніи должнику для содѣйствія для исполненія имъ обязательства должникъ сразу получаетъ облегченіе по отношенію къ послѣднему тѣмъ путемъ, что по денежнымъ долгамъ прекращается наращеніе процентовъ, отвѣчаетъ онъ только за грубую вину, и кредиторъ обязанъ возмѣстить ему расходы, вызванные его просрочкой (§§ 300—302, 304 гражд. улож.). Болѣе того: если страхъ лежалъ на должникѣ, то онъ теперь переходитъ на кредитора (§ 300, 644, гражд. улож.), и такъ какъ о просрочкѣ платежа уже не можетъ быть рѣчи, то отпадаютъ всѣ ея послѣдствія, такъ въ частности указанные въ §§ 339, 455, гражд. улож., а также и послѣдствія простой неуплаты согласно § 283, 559, 561 гражд. улож.

Гражданское уложеніе въ общемъ также правильно опредѣлило время, съ котораго слѣдуетъ признать наступившей такую просрочку принятія. Если должникъ обязанъ отнести вещь кредитору или вообще принять на себя инициативу въ направленной на удовлетвореніе кредитора дѣятельности, то онъ долженъ проявить эту инициативу, и только тогда можетъ быть рѣчь о просрочкѣ принятія; онъ долженъ, другими словами, *предложить* исполненіе. Но если инициативу долженъ взять на себя кредиторъ, то въ случаѣ ея непроявленія къ тому времени, когда есть основаніе ее ожидать, онъ собственно говоря уже совершаетъ просрочку, но такъ какъ жизнь представляетъ много сомнительныхъ случаевъ, въ отношеніи которыхъ трудно было-бы провести границу, то вполне основательно

установили правило, что въ такомъ случаѣ должникъ долженъ еще особо напомнить кредитору, развѣ только дѣятельность кредитора опредѣлена точнымъ календарнымъ срокомъ: календарь самъ служить достаточнымъ напоминаніемъ. Впрочемъ и въ первомъ случаѣ, т. е. когда инициативу долженъ взять на себя должникъ, достаточно простого заявленія своей готовности къ удовлетворенію, если кредиторъ ясно заявляетъ, что онъ удовлетворенія не приметъ (§ 295 сл. гражд. улож.).

Такъ, въ общемъ правильно, вышли изъ труднаго положенія, если не считать тѣхъ, указанныхъ выше случаевъ, когда, при обязательствахъ, имѣющихъ своимъ объектомъ вещь, законъ причиняетъ должнику нѣкоторыя хлопоты. Было-бы правильнѣе дозволить ему, какъ это сдѣлано въ торговомъ правѣ, отдать вещь на храненіе въ складъ и т. п. Въ необходимыхъ случаяхъ судъ могъ-бы соотвѣствующими распоряженіями позволить должнику отдѣлаться какимъ-либо образомъ отъ вещи такъ, чтобы по отношенію къ кредитору онъ считался исполнившимъ, такъ, напр., если передавать приходится опаснаго звѣря или преслѣдуемое полиціей взрывчатое вещество.

§ 62. Еще болѣе сказывается связанность сторонъ въ альтернативныхъ обязательствахъ, при которыхъ та или другая сторона опредѣляетъ объектъ исполненія по своему выбору, и этотъ выборъ въ то-же время имѣетъ связующее значеніе для другой стороны. Здѣсь мы имѣемъ нѣкоторую неопредѣленность, которая однако вполне совмѣстима съ необходимой для существованія обязательства связанностью, даже тогда, когда право выбора принадлежит должнику. По римскому праву простого неформальнаго юридическаго акта было недостаточно для того, чтобы установить выборъ. Для этого отъ должника требовалось удовлетвореніе, а отъ кредитора предъявленіе иска и *litis contestatio*. По германскому праву простое, въ присутствіи другой стороны, заявленіе: тогда выборъ становится еще неизмѣннымъ. Послѣ того, какъ выборъ произведенъ, избранный предметъ разсматривается такъ, какъ бы онъ съ самаго начала былъ объектомъ обязательственнаго отношенія. Впрочемъ, помимо выбора, неопредѣленность можетъ быть уничтожена еще случайной пропажей одной изъ вещей; ибо разъ одна вещь пропала или одно изъ дѣйствій стало невозможнымъ, другая вещь или дѣйствіе дѣлаются объектомъ обязательственнаго отношенія точно такъ, какъ если-бы они были выбраны, ср. § 262 сл. гражд. улож.

Отъ альтернативныхъ слѣдуетъ отличать такіа обязательства,

при которых должник имѣетъ т. н. *facultas alternativa*, т. е. возможность освободить себя инымъ, чѣмъ то установлено въ обязательствѣ, дѣйствіемъ, напр. когда должникъ собственно говоря обязанъ возмѣстить ущербъ, но имѣетъ право вмѣсто реального возмѣщенія ущерба отдѣлаться денежнымъ вознагражденіемъ (напр. ради избѣжанія несоразмѣрныхъ расходовъ (§ 251 гражд. улож.), или когда кто-нибудь обязанъ выдать вещь, но можетъ вмѣсто вещи предложить ея стоимость (§ 1973, 1992 гражд. улож.). Въ этомъ случаѣ обязательство имѣетъ только одинъ объектъ, причѣмъ если онъ, въ силу какого-либо основанія, изъ подъ обязательства выйдетъ, другой на его мѣсто не вступить. Должникъ можетъ освободиться инымъ путемъ, чѣмъ тотъ, который установленъ въ обязательствѣ, но ему не зачѣмъ прибѣгать къ нему, если не стало самого обязательства.

Бываютъ случаи, когда кредиторъ также можетъ требовать что нибудь такое, чего нѣтъ въ обязательствѣ. Такъ напримѣръ, когда въ качествѣ неустойки установлена не денежная сумма. Даже въ томъ случаѣ, когда должникъ сдѣлалъ исполненіе главнаго обязательства невозможнымъ, для него возникаетъ только обязательство возмѣстить ущербъ, но не платить договорную неустойку; однако кредиторъ имѣетъ право требовать неустойки (§ 342 гражд. улож.). Это только *facultas alternativa*, потому что однократное заявленіе не связываетъ кредитора, да и другія правила, установленныя для альтернативныхъ обязательствъ, не имѣютъ здѣсь примѣненія; въ частности должникъ не можетъ требовать, чтобы кредиторъ въ извѣстный срокъ произвелъ свой выборъ, иначе право выбора перейдетъ къ нему, какъ онъ это можетъ сдѣлать при альтернативныхъ обязательствахъ (§ 264 гражд. улож.), подобное-же отношеніе мы находимъ въ случаѣ, приведенномъ въ § 124в, уст. пром. о которомъ уже было говорено выше, въ случаѣ § 843 гражд. улож. и районнаго закона § 36, а также при отмѣнѣ договора и пониженіи покупной платы, о чемъ см. § 466 гражд. улож.

3. Соединенія обязательствъ.

§ 63. Тѣ соединенія, которыя обычно называютъ двусторонними обязательствами, принадлежатъ къ числу самыхъ интересныхъ и самыхъ важныхъ явленій, какія только знаетъ право. Рѣчь идетъ о тѣхъ сдѣлкахъ, хозяйственную цѣль которыхъ составляетъ

обмѣнъ выгодъ: вещей на вещи, услугъ на вещи, или услугъ на услуги, и которыя приобрѣтають особенный характеръ, когда одна сторона должна доставить деньги, т. е. всеобщее абстрактное мѣрило цѣнности, ибо, благодаря этому, то, что должна доставить эта сторона, принимаетъ абстрактный характеръ, а это дѣлаетъ сдѣлку болѣе подвижной и болѣе удобной для уравненія интересовъ, чѣмъ это бываетъ, когда предметомъ исполненія являются другія вещи.

Соединеніе двухъ обязанностей удовлетворенія приводитъ къ тому, что назвали *exceptio non adimpleti contractus*, и о чемъ рѣчь уже была выше, въ ученіи о возраженіяхъ. Но это соединеніе имѣетъ еще другія очень важныя послѣдствія, а именно въ томъ случаѣ, когда въ положеніи одной стороны произошли какія-либо юридическія измѣненія: въ этомъ случаѣ нельзя просто оставить обязанности другой стороны въ ихъ полной мѣрѣ: это уничтожило бы общую картину, и та хозяйственная цѣль, которая раньше имѣлась ввиду, была-бы измѣнена способомъ, одинаково противнымъ и намѣреніямъ сторонъ, и воззрѣніямъ оборота.

Германское гражданское уложеніе очень внимательно отнеслось къ этому вопросу, но тутъ возможно столько точекъ зрѣнія, что ни одно законодательство не можетъ предусмотрѣть всѣ комбинаціи. Наука права должна поэтому отнестись къ постановленіямъ закона съ нѣкоторой свободой и не должна связывать себя буквою; на это до сихъ поръ обращали слишкомъ мало вниманія и уже слишкомъ увлекались юриспруденціей буквы,—дѣтская болѣзнь, отъ которой вѣроятно очень скоро излечатся.

Если послѣ заключенія сдѣлки удовлетвореніе для одной стороны стало невозможнымъ или непосильнымъ, при томъ такъ, что она за это не отвѣчаетъ, то равнымъ образомъ должны прекратиться соотвѣтствующія обязанности другой стороны. Иначе получился-бы совсѣмъ другой результатъ, чѣмъ тотъ, къ которому въ оборотѣ стремились: имѣли въ виду обмѣнъ удовлетвореній, а получили-бы одностороннее удовлетвореніе.

Впрочемъ такое разрѣшеніе вопроса возможно только въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о обмѣнѣ, совершаемомъ въ одинъ и тотъ же моментъ; ибо когда на той или другой сторонѣ лежатъ болѣе продолжительныя обязанности, то нельзя отдѣлаться тѣмъ, что за тѣ дѣйствія, которыя стануть невозможными для одной стороны, просто снимутъ соотвѣтственныя обязанности съ другой стороны. Если, напр., въ случаѣ найма услугъ, нанявшійся въ те-

ченіе извѣстнаго времени окажется къ нимъ неспособенъ, то вопросъ нельзя разрѣшить просто тѣмъ, что ему сдѣлаютъ соотвѣтствующій вычетъ изъ жалованія, надо еще разсудить, не представляеть-ли все отношеніе найма чего либо единого, такъ что дальнѣйшее продолженіе услугъ, послѣ ихъ перерыва на извѣстное время, можетъ оказаться для ванимателя неприемлемымъ. Еще болѣе это относится къ отношеніямъ между товарищами по договору товарищества: обычные правила о сдѣлкахъ, устанавливающихъ обмѣнъ выгодъ, могутъ здѣсь имѣть примѣненіе только по аналогіи и должны быть дополнены или замѣнены другими, болѣе соотвѣтствующими особенностямъ этого договора.

При частичной невозможности обязанности другой стороны соотвѣтственно уменьшаются, при чемъ если онѣ состояли не въ деньгахъ, то сторона эта должна конечно передать всю вещь, но за излишекъ получаетъ денежное вознагражденіе, но и это не всегда можно провести буквально; такъ напр. когда одна сторона взялась доставить жилище, а другая услуги, и лицо, обѣщавшее услуги; заболѣетъ, такъ что услуги возможны только неудовлетворительныя; въ этомъ случаѣ не соотвѣтствовало бы положенію дѣла, если-бы оно все же получило жилище и должно было за него платить; всего меньше, если его напр. взяли въ домъ швейцаромъ, причемъ на него была возложена работа по дому. Въ такихъ случаяхъ должны быть приняты во вниманіе особыя начала договора найма, и хозяину дома должно быть дано право отказа (§ 323, 473, 626 гражд. улож.).

Еще болѣе трудныя отношенія возникаютъ тогда, когда одна сторона становится отвѣтственной за неудовлетвореніе со стороны другой, благодаря тому, что она отвѣчаетъ за невозможность. Такъ, напр., кредиторъ можетъ стать отвѣтственнымъ за то, чего не исполняетъ должникъ, если онъ самъ дѣлаетъ невозможнымъ исполненіе, напр. тѣмъ путемъ, что не даетъ нанятому живописцу комнаты, въ которой тотъ долженъ изукрасить стѣны фресками. По общему дѣйствующему здѣсь правилу хозяинъ дома долженъ въ этомъ случаѣ уплатить живописцу полное вознагражденіе, конечно за всѣми вычетами, за вычетомъ того, что живописецъ сберегъ и того, что онъ, благодаря освобожденію отъ обязанностей, съ удобствомъ можетъ заработать въ другомъ мѣстѣ (§ 324 гражд. улож.). Это относится также къ тому случаю, когда живописецъ часть своей работы исполнилъ, но хозяинъ дома не даетъ ему ее закончить. Но какъ поступить, если домъ сгорѣлъ и не стало стѣнъ? Въ этомъ

случаѣ уплатить слѣдуетъ только за сдѣланную уже работу, такъ какъ мы здѣсь имѣемъ не просто просрочку принятія со стороны хозяина дома, но еще невозможность исполненія со стороны живописца. Ниже въ ученіи о подрядѣ объ этомъ еще будетъ рѣчь.

Подобныя же правила должны имѣть примѣненіе въ отношеніяхъ между паціентомъ и лечебницей: если больной не приходитъ послѣ того, какъ все заказано, онъ платитъ по условію съ соотвѣствующими вычетами; точно также и въ томъ случаѣ, если онъ уходитъ до времени; но если онъ это дѣлаетъ потому, что не можетъ выносить системы леченія, то онъ уплачиваетъ только за проведенное время, такъ какъ мы тутъ имѣемъ въ то же время невозможность удовлетворенія: система леченія приносящая вредъ не есть для него вовсе леченіе. Трудности возникаютъ, когда обязанности одной стороны состоятъ въ продолжительной доставкѣ потребляемыхъ вещей для индивидуальныхъ цѣлей; напр., гость заказалъ въ отелѣ извѣстное число обѣдовъ и не можетъ по болѣзни ѣсть ихъ. Въ этомъ случаѣ отъ него можно требовать пансіонную плату только за вычетомъ того, что хозяинъ сберегъ благодаря освобожденію отъ исполненія. Конечно здѣсь нельзя сказать, что гость сдѣлалъ для хозяина удовлетвореніе невозможнымъ; хозяинъ все же могъ продолжать поставлять кушанья, которые затѣмъ гость сидящій на чистомъ бульонѣ и чаѣ, просто отсылалъ бы обратно; однако такое разсужденіе было бы очень страннымъ: было бы совершенно бессмысленно со стороны хозяина готовить для гостя, можетъ быть единственнаго во всемъ отелѣ, кушанья, о которыхъ онъ вмѣстѣ со своимъ врачомъ заранѣе заявили, что до нихъ не дотронется. Или, можетъ быть, продать предложенныя кушанья съ публичнаго торга? Это было бы смѣшно, уже не говоря о томъ, что это было бы бессмысленно. То что „подается“ для гостя за общимъ столомъ или ему въ комнату, подается только для собственнаго употребленія, а не для того, чтобы выносить это изъ отеля. И тутъ сказывается невозможность буквальнаго толкованія; впрочемъ по буквѣ закона гость оказался бы здѣсь въ очень затруднительномъ положеніи: онъ не могъ бы сослаться на правила о подрядѣ, которыя ему по § 649 гражд. улож. могли бы помочь, такъ какъ, въ тѣхъ случаяхъ когда предметомъ исполненія являются *потребляемыя* вещи, которыя одинъ хозяинъ приготовляетъ изъ собственныхъ сырыхъ матеріаловъ, примѣняются правила не подряда, а купли-продажи (§ 651 гражд. улож.). Тѣмъ не менѣе гость можетъ требовать здѣсь вычета, если только онъ своевременно сообщилъ,

что у него испортился желудокъ. Было бы впрочемъ правильнѣе, если бы для этихъ случаевъ законодательство дало прямое постановленіе; ибо какъ многіе могутъ здѣсь использовать молчаніе закона въ свою пользу!

Но къ наихудшимъ результатамъ приводитъ букввальное толкованіе въ томъ случаѣ, когда должникъ самъ, по собственной винѣ, сдѣлалъ для себя удовлетвореніе невозможнымъ. Само собой разумѣется, что кредиторъ можетъ въ этомъ случаѣ требовать возмѣщенія ущерба, вызваннаго неудовлетвореніемъ. Это онъ бы могъ и при одностороннихъ договорныхъ отношеніяхъ; стоитъ вспомнить тѣ послѣдствія, которыя возникли бы, если бы напр. при общаніи подарить даритель изъ гнѣва или злого умысла намѣренно уничтожилъ предметъ даренія (§ 280, 521 гражд. улож.). Но когда дѣло касается двусторонняго договора, на сцену выступаютъ особые интересы. Когда удовлетвореніе стало такимъ образомъ невозможнымъ, другая сторона можетъ во-первыхъ исполнить свое и требовать отъ виновнаго возмѣщенія ущерба. Тогда примѣняются правила установленныя для одностороннихъ договоровъ; ибо нельзя понять, почему бы сторонѣ, вѣрной договору, не имѣть тѣ же права, какія бы она имѣла, если бы обязанности обѣихъ сторонъ были раздѣлены: вѣдь это же вина другого товарища по договору, что отношеніе между ними нарушилось. Но вѣрная договору сторона имѣетъ право еще кое на что; она можетъ сказать: изъ обмѣна взаимныхъ удовлетвореній я извлекла бы выгоду, и я хочу эту выгоду получить; я хочу ее получить, разъ другая сторона сдѣлала этотъ дѣйствительный обмѣнъ невозможнымъ. Стоитъ вспомнить случай, когда обмѣну другъ на друга подлежали двѣ лошади, и А, для котораго сдѣлка эта невыгодна, изъ досады заѣздилъ свою лошадь и такимъ образомъ сдѣлалъ исполненіе со своей стороны невозможнымъ. Здѣсь можетъ оказаться вовсе не въ интересахъ Б отдать свою хорошую лошадь, чтобы получить деньги вмѣсто погибшей лошади А; такъ какъ онъ не получаетъ другой лошади, онъ естественно хочетъ удержать свою. Это онъ безусловно можетъ; онъ можетъ отступить отъ договора; § 325 гражд. улож. ясно позволяетъ ему это. Но онъ можетъ также сказать: я хочу получить то, что я бы выгодалъ при мѣнѣ; было бы въ высшей степени несправедливо отказать ему въ возмѣщеніи ущерба или дать ему это возмѣщеніе только подъ условіемъ, что онъ останется при реальномъ удовлетвореніи и отдастъ свою хорошую лошадь. Въ законѣ нѣтъ такой несообразности; ее вносить туда неправильное пониманіе, причемъ слѣдуетъ замѣтить,

что предварительныя работы по составленію закона вообще остаются безъ разсмотрѣнія. И здѣсь рѣчь идетъ о возмѣщеніи ущерба, вызваннаго неудовлетвореніемъ; но это не тотъ ущербъ, который получается при одностороннемъ разсмотрѣніи обязанностей А., а тотъ, который получается при разсмотрѣніи всего отношенія между А. и Б., въ которомъ выгодный для Б. обмѣнъ сталъ невозможенъ благодаря винѣ А (§ 325 гражд. улож.).

Этого не хотять признать; говорятъ, что Б можетъ отдать лошадь и требовать возмѣщенія убытковъ; онъ можетъ также отступить отъ договора, такъ что у него останется лошадь, но уже ничего болѣе не получить; другихъ возможностей для него уже не существуетъ. Такая убогая и неуклюжая конструкція ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться соотвѣтствующей гражд. уложенію. Чтобы Б долженъ былъ или отдать свою хорошую лошадь, или отказаться отъ какого-либо возмѣщенія ущерба—это выводъ, къ которому могла придти только безпѣтлѣйшая схоластика.

Вторая ошибка, которую здѣсь допустили, слѣдующая: къ отступленію, о которомъ говорить § 325 гражд. улож. примѣняются правила, установленныя для отступленія, обусловленнаго договоромъ. Слѣдствіемъ было-бы то, что по § 347 не только злоумышленный должникъ А долженъ былъ-бы выдать обратно, напр., переданную ему лошадь со всею извлеченною изъ нея пользою, а если ему переданы были деньги, то платить по нимъ проценты до момента полученія, но въ томъ случаѣ, когда бы съ другой стороны въ пользу невиннаго Б. было произведено какое-нибудь предварительное удовлетвореніе, напр. переданы деньги, онъ съ самаго начала долженъ былъ-бы платить по нимъ проценты, а если передана вещь, то онъ съ момента полученія ея долженъ былъ-бы отвѣчать за выгоды отъ вещи, даже въ томъ случаѣ, когда на его сторонѣ нѣтъ обогащенія. Напр. двое мѣняются своими садами. А передаетъ свой согласно договору, даетъ пока половину и удерживаетъ другую половину, но отъ досады на самую сдѣлку тотчасъ начинаетъ въ этой половинѣ издѣвательскій вандализмъ. А отступаетъ отъ договора, и согласно гражданскому уложенію, ссылается на то, что съ предоставленной ему половиной онъ никакого дѣла начать не можетъ. Злоумышленный контрагентъ долженъ конечно по § 347 гражд. улож. передать садъ А со всѣмъ, что въ немъ есть; онъ отвѣчаетъ за плоды, которые онъ извлекъ или могъ-бы извлечь, хотя-бы онъ ничѣмъ изъ нихъ болѣе не владѣлъ, хотя-бы хозяйство онъ велъ изъ рукъ вонъ плохо. А однако извлекъ изъ переданной ему по-

ловины свои плоды, которые у него при его безпечности украли. Долженъ-ли онъ платить своему злому контрагенту и за похищенные плоды? Это была-бы совершенно ошибочная конструкция: невинный долженъ былъ-бы страдать за виновнаго; здѣсь само уложеніе даетъ въ § 327 необходимую опору, чтобы помочь невинному; этотъ § постановляетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда отступленіе въ видѣ исключенія возможно при невиновности должника, этотъ послѣдній отвѣчаетъ только въ размѣрѣ своего обогащенія. Но это должно имѣть силу и по отношенію къ отступающему невинному кредитору ¹⁾.

Случай, когда одинъ изъ должниковъ просрочиваетъ свое удовлетвореніе, попадаютъ еще болѣе часто, чѣмъ случаи, когда онъ дѣлаетъ это удовлетвореніе невозможнымъ. Вообще о просрочкѣ была уже рѣчь. При двустороннихъ обязательствахъ еще французское право и торговое уложеніе давали, хотя съ различными оговорками, исправной сторонѣ право отступленія, т. е. право воспользоваться зависимостью, существующею между обязательственными отношеніями съ обѣихъ сторонъ и обусловливаемою этой зависимостью непрочностью цѣлаго отношенія сторонъ, для того, чтобы потребовать уничтоженія цѣлаго отношенія. Германское гражданское уложеніе заимствовало это положеніе; неисправная сторона здѣсь разсматривается, какъ если-бы она сдѣлала удовлетвореніе со своей стороны невозможнымъ; причемъ однако по общему правилу требуется назначеніе дополнительнаго срока. Это важное постановленіе § 326 гражд. улож. Раньше обосновывали это право отступленія молчаливой волей сторонъ, *lege commissoria tacita* и тому подобнымъ. Въ наше время интересы правильнаго оборота требуютъ, чтобы въ такихъ случаяхъ не связывали вѣрную договору сторону и не налагали на нее такихъ путей, которыя не могутъ привести къ нужнымъ для оборота результатамъ. На это конечно можно возразить, что это вредно для интересовъ другой стороны, но такъ какъ все затрудненіе возникло благодаря ея винѣ, то она должна съ этимъ мириться. Пандектное право старалось оправдать этотъ выводъ такимъ разсужденіемъ: вѣрная договору сторона А можетъ сказать,

¹⁾ § 347 гражд. улож. исполнѣ подходитъ къ тѣмъ случаямъ, гдѣ право отступленія выговорено при заключеніи договора, такъ какъ здѣсь, также какъ и при предъявленіи иска о правѣ собственности, обѣ стороны одинаково могутъ охранить себя отъ вреда; но онъ не подходитъ тамъ, гдѣ поводъ къ отступленію даетъ вина невѣрнаго товарища по договору.

что ея интересъ состоитъ въ уничтоженіи сдѣлки, и Б обязанъ уничтоженіемъ сдѣлки удовлетворить этотъ интересъ. Этой конструкціи нельзя отказать въ остроуміи, но она не всегда приводитъ къ цѣли, такъ какъ во многихъ случаяхъ трудно доказать такой свой интересъ, и она во всякомъ случаѣ не даетъ быстрыхъ и вѣрныхъ результатовъ.

Все сказанное выше относится и сюда. И здѣсь слѣдуетъ сказать, что вѣрная договору сторона можетъ по желанію или отступить или требовать возмѣщенія ущерба, вызваннаго неудовлетвореніемъ; и здѣсь нужно еще прибавить: требовать возмѣщенія она можетъ односторонне, послѣ того какъ произведетъ исполненіе со своей стороны, но она можетъ отступить и требовать возмѣщенія той выгоды, которую ей принесла-бы вся сдѣлка въ цѣломъ. Всякое другое мнѣніе стоитъ въ противорѣчій съ требованіями правильного оборота.

Не существуетъ права отступленія вслѣдствіе просрочки удовлетворенія въ томъ случаѣ, когда одна сторона передала тотъ предметъ, на который было направлено обязательство, а другая получила отсрочку своего удовлетворенія, такъ какъ ради устойчивости оборота стремятся, насколько только возможно, сократить число случаевъ, когда проданный предметъ начинаетъ обратное движеніе въ прежнія руки.

§ 64. Проблема *совокупнаго долевого отношенія*, т. е. отношенія, при которомъ нѣсколько должниковъ отвѣчаютъ за одно и то же цѣлое удовлетвореніе, много, даже черезчуръ много, обсуждалась въ Германіи до изданія уложенія, во дѣлалось это большей частью въ схоластическомъ духѣ, безъ знанія жизни и безъ проникновенія въ тѣ потребности оборота, которыя привели къ этой юридической формѣ. Къ этому прибавилось то обстоятельство, что отдѣльные пункты римскаго права часто истолковывались въ превратномъ смыслѣ, и это было тѣмъ безплоднѣе, что нѣкоторыя мѣста въ источникахъ явно интерполированы и даютъ намъ только потемнѣвшую картину того, что въ свое время думали римскіе юристы. Поэтому, какъ много ни занимались этимъ предметомъ, важные вопросы или вовсе не получили разъясненія или получили разъясненіе совершенное недостаточное и бѣглое.

Все различіе между обязательствами *корреальными* и солидарными въ тѣсномъ смыслѣ, различіе, надъ проведеніемъ котораго трудились въ теченіе столѣтій, и все различіе между однимъ случаемъ, гдѣ будто-бы существуетъ только одно обязательство съ

нѣсколькими субъективными отношеніями, и другимъ случаемъ, гдѣ существуетъ два обязательства, осталось безъ практическаго значенія и привело лишь къ чрезмѣрнымъ тонкостямъ и крайней запутанности. Здѣсь даже не можетъ быть вопроса, имѣемъ-ли мы одно или нѣсколько обязательствъ: разъ обязались нѣсколько лицъ, значить существуетъ нѣсколько обязательственныхъ отношеній, и при этомъ возможно только то, что всѣ эти обязательственные отношенія ведутъ къ одной цѣли и направлены на одно и то же удовлетвореніе. Въ томъ, что нѣсколько лицъ обязались къ одному и тому-же удовлетворенію, лежитъ здравая идея; ибо въ этомъ случаѣ кредиторъ имѣетъ въ своемъ распоряженіи нѣсколько обязательственныхъ отношеній, и онъ можетъ болѣе увѣренно рассчитывать на удовлетвореніе, чѣмъ еслибы онъ имѣлъ только одного обязаннаго ему должника. При этомъ принимается во вниманіе не только денежныя гарантіи, которая заключается въ имуществѣ различныхъ должниковъ—такую гарантію могъ бы дать напр. и залогъ—но еще и тѣ личныя обезпеченія, которыя возникаютъ, когда нѣсколько лицъ берутъ на себя что нибудь, какъ долгъ свой, и вмѣстѣ съ тѣмъ какъ свое „obligo“ и свою моральную обязанность. Вмѣсто воли одного кредиторъ здѣсь довѣряется волѣ многихъ. А затѣмъ все различіе между корреляльными и солидарными въ тѣс-смыслѣ обязательствами поконится на слѣдующихъ моментахъ въ исторія развитія.

Первоначально народы еще не могутъ освоиться съ мыслью, что нѣсколько лицъ могутъ одновременно обязаться къ одному и тому-же дѣйствию, и идея солидарнаго долга проходить поэтому различныя ступени, прежде чѣмъ она выяснится во всей своей чистотѣ: или такъ, что обязательство лежитъ только на одномъ, а другой выступаетъ впередъ лишь при извѣстныхъ обстоятельствахъ, или такъ, что кредиторъ имѣетъ нѣчто вродѣ права выбора, такъ что онъ можетъ выбирать между различными обязанными, но послѣ того какъ онъ произведетъ выборъ, тѣмъ самымъ одновременно закрѣпляется связанность одного и устраняется связанность другихъ. Къ этой системѣ принадлежатъ римское корреляльное обязательство, отличительная черта котораго состояла въ томъ, что, если кредиторъ доводилъ съ однимъ изъ должниковъ дѣло до *litiscontestatio*, то остальные дѣлались свободными. Римлянамъ какъ будто казалось невозможнымъ допустить, чтобы на ряду съ процессуальной связанностью одного еще продолжала существовать матеріальная связанность другихъ. Въ дальнѣйшемъ развитіи на

это рѣшили и сдѣлали это въ формѣ такъ называемыхъ *солидарныхъ* обязательствъ въ тѣсномъ смыслѣ, причемъ однако до позднѣйшихъ временъ продолжали пользоваться и формой коррелянаго обязательства, которая была удобна нѣкоторыми своими процессуальными особенностями. Когда исчезли и эти ея особенности, не стало больше основанія для различія между обѣими формами и о двойкомъ видѣ солидарной связанности въ 19 вѣкѣ не должно было бы быть больше рѣчи, точно также, какъ объ немъ не было рѣчи во времена Bartolus'a или во времена практиковъ 16 или 17 столѣтій, если не считать нѣкоторыхъ указаній у Molinæus и др.

Гораздо больше значеніе имѣетъ германскій элементъ, который за время средневѣковаго развитія побѣдоносно проникалъ въ этотъ институтъ, именно тотъ взглядъ, что всѣ должники образуютъ товарищество и, хотя передъ кредиторомъ каждый выступаетъ носителемъ всего долга, между собой они всѣ товарищи, обязанные сообща носить бремя долга, причемъ участіе каждаго ¹⁾ можетъ конечно оказаться весьма различнымъ. Это чрезвычайно плодотворная мысль, которая въ римскомъ правѣ еще не получила полного развитія, но въ пандектномъ правѣ, напр. у Molinæus ясно сознавалась. Въ своемъ нѣсколько странномъ произведеніи *Extrictio Labyrinthi dividui et individui Pars III nr. 89* онъ говоритъ о корреляльныхъ должникахъ: *inter se debent contribuere, ut unus conventus et coactus totum praestare recursum habeat contra consortes etiam sine cessione actionum creditoris, idque indistincte etiam si ex causa lucrativa obligati sint*; затѣмъ онъ говоритъ объ этомъ въ своихъ „*lectiones Dolanae*“ въ отношеніи къ fr. 76 de solut. Какъ далеко онъ здѣсь пошелъ впередъ, показываетъ то обстоятельство, что даже въ 18 столѣтіи за нимъ не могъ послѣдовать Потье ²⁾ и

¹⁾ Геніально выражаетъ это Саксонское Зерцало III 85 § 1: *Svar mer lüde den ein geloven to samene en weregelt oder en ander gelt, al sin sie it plichtlich to lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir iewelk al, wer manlik also vele alse ime gebort, unde alse vern als (man) in dar to gedringen mach von gerichtes halven die, deme it dar gelovet is, oder die it mit ime gelovede, of he it vor ihe vergulden hevet*. По своему юридическому инстинкту это мѣсто стоитъ далеко выше римскаго права. Ср. дальше Schilter, *praxis iuris romani* XLVIII 19, Bluntschli, *Rechtsgeschichte von Zürich* II, стр. 237, Huber, *Schweizer. Privatr.* IV, стр. 848. Матеріалы у Stobbe, *Geschichte des d. Vertragsrechts*, стр. 139 и сл.

²⁾ Pothier, *Traité des oblig.* II ch. За 8 § 5, который приводитъ противъ

еще болѣе то, что и въ самомъ 19 столѣтіи въ этомъ отношеніи шли ошибочнымъ путемъ. Въ наше время мысль эта получила побѣдоносное признаніе. Наше чувство справедливости не примирилось-бы съ допущеніемъ, что въ концѣ концовъ все бремя падетъ на того, кого кредитору случайно придетъ въ голову первымъ притянуть къ отвѣту. Конечно, это отношеніе товарищества не должно имѣть значенія для кредитора, и это была ошибка, когда въ практикѣ пандектнаго права хотѣли дать товарищамъ по отношенію къ кредитору общее право раздѣла, *beneficium divisionis*, такъ что послѣднему приходилось-бы разложить свое требованіе на всѣхъ платежеспособныхъ должниковъ. Это, правда, не уничтожило совершенно преимуществъ общаго долга, но они все-же были значительно сужены; ибо то, что выигрывали при этомъ должники, терялъ кредиторъ въ быстротѣ и легкости взысканія. Поэтому не хотѣлъ ничего знать объ этомъ возраженіи торговый оборотъ; его не приняло и гражданское уложеніе. Отношеніе товарищества существуетъ только между товарищами и касается только товарищей, но не кредитора. Только въ двухъ случаяхъ нельзя устранить вліяніе этого отношенія на кредитора, о чемъ далѣе будетъ еще рѣчь.

Такимъ образомъ солидарные должники суть самостоятельные должники, что сказывается еще въ томъ, что обязательство одного можетъ быть безусловнымъ, другого—условнымъ, одного—опредѣлено срокомъ, другого нѣтъ. Нѣкоторое время хотѣли впрочемъ привить институту еще новые элементы, или въ томъ видѣ, что всѣ солидарные должники являются взаимными представителями другъ друга, такъ что все то, что имѣетъ мѣсто по отношенію къ одному, должно считаться существующимъ и для остальныхъ; или проводили мысль, что между всѣми должниками существуетъ взаимное поручительство, и каждый отвѣчаетъ за остальныхъ, а это представляли себѣ такъ, что каждый является самостоятельнымъ должникомъ по своей части и поручителемъ по частямъ остальныхъ. Обѣ идеи слѣдуетъ отвергнуть. О такомъ представительствѣ не можетъ быть рѣчи; для него не нашлось-бы основаній въ лежащемъ предъ нами отношеніи; къ одному должнику безъ его вѣдѣнія и согласія могутъ присоединиться второй и третій солидарные должники, и для перваго было-бы своего рода несчастьемъ, если-бы онъ, ничего не вѣдающій о новыхъ господахъ

солидарныхъ должникахъ, долженъ былъ отвѣчать за то, что по отношенію къ нимъ произойдетъ. Но и мысль о взаимномъ поручительствѣ также не находитъ для себя оправданія въ данныхъ отношеніяхъ. Основная идея солидарнаго обязательства состоитъ вовсе не въ томъ, что одно лицо ручается за другихъ, а въ томъ, что всѣ вмѣстѣ ручаются за одну и ту-же цѣль. Въ этомъ состоитъ большое различіе между солидарнымъ обязательствомъ и поручительствомъ. Поручитель отвѣчаетъ за главнаго должника, онъ долженъ взять на себя все, чѣмъ главный должникъ ухудшитъ свое положеніе по отношенію къ кредитору, онъ отвѣчаетъ за просрочку и за вину (§ 767 гражд. зак.). Всѣ эти отношенія противорѣчатъ природѣ солидарнаго обязательства: ни одинъ изъ солидарныхъ должниковъ не даетъ ручательства въ томъ, что его товарищъ окажется хорошимъ или надежнымъ; каждый обѣщаетъ только доставленіе той-же вещи и тѣмъ самымъ вступаетъ въ общій интересъ удовлетворенія. И обезпеченіе кредитора лежитъ не въ томъ, что долгъ одного аксессуарно прибавляется къ долгу другого, а въ томъ, что каждый изъ солидарныхъ должниковъ есть должникъ самъ за себя.

Такимъ образомъ каждый является должникомъ за свой счетъ, откуда ясно вытекаетъ, что взысканіе можетъ быть направлено на каждого внѣ зависимости отъ того, что кредиторъ можетъ получить съ остальныхъ; при этомъ, само собой разумѣется, долгъ каждого погашается, послѣ того какъ кредиторъ получаетъ полную уплату. Поэтому, при конкурсѣ надъ кѣмъ-либо изъ солидарныхъ должниковъ можетъ быть заявлено все требованіе, а если должники обязались къ какому-либо дѣйствію, то противъ каждого могутъ быть одновременно направлены принудительныя средства процесса, пока кредиторъ не получитъ удовлетворенія. Раньше многократно защищали ту мысль, что кредиторъ можетъ предъявлять все требованіе только къ одному, а у остальныхъ можетъ искать только вѣроятную недоимку,—мысль совершенно противорѣчащую цѣли обязательства и разрушающую положеніе, что каждое изъ различныхъ обязательствъ существуетъ для того, чтобы вполне привести къ намѣченной цѣли. Если кредиторъ средствами процесса ищетъ съ каждого все свое требованіе, пока онъ одинъ разъ не получитъ его, то онъ ищетъ только то, что онъ можетъ искать. Нѣтъ нужды разяснять, почему онъ не можетъ нѣсколькими взысканіями нѣсколько разъ получить все свое требованіе.

Германское гражданское уложеніе сдѣлало правильные выводы

изъ всѣхъ этихъ положеній. Ему неизвѣстны ни *exceptio divisionis*, ни взаимное представительство или взаимное поручительство. Если одинъ должникъ совершаетъ уплату, то конечно освобождаются остальные, такъ же какъ въ случаѣ зачета или замѣны исполненія (*datio in solutum*). Это тѣмъ болѣе ясно, что вѣдь обязательство погашается даже въ томъ случаѣ, когда уплату совершаетъ третье лицо, или кредиторъ отъ третьяго лица принимаетъ что-либо замѣны исполненія, или зачетъ сдѣланъ надлежащимъ образомъ за счетъ третьяго лица. Что обязательство прекращается, когда совершена уплата или замѣна ея дано достаточное по закону возмѣщеніе,—это въ правѣ общее положеніе, а вовсе не какая-либо особенность солидарнаго обязательства. И точно также понятно само собой, что когда кредиторъ совершаетъ просрочку принятія по отношенію къ одному, просрочка эта идетъ на пользу всѣхъ; вѣдь положеніе должника стало бы лучше даже въ томъ случаѣ, когда уплату надлежащимъ образомъ предложило третье лицо и кредиторъ совершилъ просрочку принятія по отношенію къ нему; а уплата или готовность къ уплатѣ товарища должна имѣть по крайней мѣрѣ тѣ же послѣдствія, какъ уплата или готовность къ пей третьяго лица.

Понятно также само собой, что, когда одинъ изъ должниковъ совершаетъ просрочку или повышаетъ свою отвѣтственность своимъ небреженіемъ или злымъ умысломъ, то это идетъ во вредъ только ему одному и никоимъ образомъ не касается остальныхъ должниковъ; также ясно отсюда, что теченіе давности для одного никоимъ образомъ не касается другихъ. Это тѣмъ болѣе понятно, что возможны случаи, когда по отдѣльнымъ обязательствамъ, несмотря на ихъ солидарный характеръ, будутъ разныя условія уплаты и, какъ уже выше было замѣчено, одинъ изъ должниковъ будетъ отвѣчать условно, другой безусловно, обязательство одного опредѣлено срокомъ, другого нѣтъ. Совершенно не выдерживаетъ критики и противорѣчить жизненнымъ отношеніямъ прежнее допущеніе, что перерывъ въ теченіе исковой давности для одного прерываетъ теченіе давности для другихъ; нельзя найти оправданія для того, чтобы предъявленіе иска или признаніе одного изъ солидарныхъ должниковъ лишало благъ давности другого, который на нихъ разсчитываетъ и можетъ быть даже совершенно не знаетъ о своемъ товарищѣ.

Тѣ же основанія приводятъ къ тому, что процессъ каждого имѣетъ самостоятельное значеніе, и рѣшеніе противъ одного изъ

солидарныхъ должниковъ не имѣеть силы по отношенію къ его товарищамъ. Противное было бы справедливо только при условіи, что къ процессу будутъ привлечены и остальные должники, а это могутъ сдѣлать какъ кредиторъ, такъ и привлеченный должникъ, если они въ этомъ заинтересованы. Въ пандектномъ и современномъ правѣ допущеніе, что процессъ одного изъ должниковъ можетъ вліять на другихъ, было ложнымъ выводомъ изъ неправильной теоріи представительства; а въ чистомъ римскомъ правѣ этотъ вопросъ не могъ возникнуть для корреальныхъ обязательствъ, пока они оставались въ своей своеобразной формѣ.

Труднѣе рѣшить вопросъ о томъ, дѣйствуетъ ли договоръ о сложеніи долга, заключенный съ однимъ изъ солидарныхъ должниковъ, также въ пользу остальныхъ, или онъ только устраняетъ этого одного должника, а для всѣхъ долгъ ихъ продолжаетъ существовать въ прежнемъ видѣ. Вполнѣ мыслимо допущеніе, что сложеніе долга имѣеть силу только по отношенію къ тому должнику, съ которымъ заключенъ объ этомъ договоръ, ибо о какомъ-либо представительствѣ не можетъ быть рѣчи. Однако, почему не допустить возможность сложенія въ пользу третьихъ лицъ, т. е. договора о сложеніи съ дѣйствіемъ на третье лицо, также какъ существуютъ договоры, обязывающіе въ пользу третьихъ лицъ? За это еще болѣе говоритъ та форма, въ которой можетъ вылиться сложеніе, а именно возвращеніе долгового документа, подъ которымъ, возможно, подписались всѣ должники. Съ другой стороны понятно само собой, что должно быть возможно сложеніе въ узкомъ смыслѣ, такъ чтобы выбывалъ только одинъ должникъ, остальные же оставались ¹⁾. Германское гражданское уложеніе вполнѣ основательно допускаетъ возможность обоихъ видовъ договора о сложеніи долга и при этомъ постановляетъ, что въ случаѣ сомнѣнія договоръ слѣдуетъ толковать ограничительно. Впрочемъ въ этомъ случаѣ нельзя избѣжать того, чтобы отношенія товарищества не выступили на первый планъ, какъ это сейчасъ будетъ показано.

Наконецъ, что весь долгъ можно цѣликомъ взыскать при конкурсѣ одного изъ солидарныхъ должниковъ независимо отъ конкурса остальныхъ, высказано въ § 68 уст. конк.

Изъ отношенія товарищества, существующаго между должниками, вытекаетъ регрессъ, *recursus*, какъ училъ еще *Molinaeus*: если

¹⁾ По статутамъ Рима 1363 г., I § 102, мировая сдѣлка съ однимъ изъ солидарныхъ должниковъ имѣеть силу и въ пользу остальныхъ.

одинъ заплатилъ, то онъ имѣеть регрессъ противъ своихъ товарищей, такъ что въ концѣ концовъ бремя распредѣляется по началамъ товарищества. Этотъ регрессъ можно было бы конструировать такъ, чтобы уплатившій А могъ требовать съ товарища Б уплаты всего долга за вычетомъ доли, падающей на самого А, и чтобы затѣмъ Б могъ такъ же поступить съ В и т. д. Но у насъ уже издавна развилась другая система, болѣе соответствующая началамъ товарищества. По этой системѣ А съ самаго начала имѣеть право требовать съ каждого изъ товарищей возмѣщенія только падающей на него доли, такъ что, напр., если на каждого падаетъ треть, то треть, причемъ одна треть остается на самомъ А ¹⁾. Если одинъ изъ товарищей неплатежеспособенъ, то остальные должны распредѣлить между собой долгъ такъ, какъ если бы неплатежеспособнаго не существовало. Отношеніе, въ которомъ должники стоятъ другъ къ другу, опредѣляется основаніемъ, которое послужило для обязательства: возможны случаи, когда все приходится нести одному, такъ что регрессъ переходитъ на него; но обыкновенно долгъ дѣлится между ними, причемъ дѣлить можно въ свою очередь разными способами, въ случаѣ сомнѣнія по равнымъ частямъ (§§ 426, 840, 841 гражд. улож.). Вотъ тутъ отношеніе товарищества можетъ въ видѣ исключенія выступить наружу; ибо если кредиторъ снялъ отвѣтственность съ одного изъ должниковъ такъ, чтобы послѣдній былъ освобожденъ отъ долга, то это возможно только въ томъ видѣ, что остальные будутъ теперь отвѣчать предъ кредиторомъ за вычетомъ той части или той суммы, которую они путемъ регресса могли бы получить съ освобождаемаго товарища; другой случай, когда выдвигаются на первый планъ отношенія товарищества встрѣчается тогда, когда кредиторъ безъ оговорокъ дѣлается наслѣдникомъ одного изъ должниковъ; въ этомъ случаѣ онъ можетъ предъявлять къ остальнымъ требованіе только за вычетомъ своей части.

Такимъ образомъ слѣдуетъ признать, что въ германскомъ гражданскомъ уложеніи проблема солидарнаго обязательства разрѣшена весьма правильно, и единственно въ чемъ его можно упрекнуть, это то, что отношеніе товарищества не всегда получаетъ соответствующее обстоятельствомъ выраженіе. Этимъ мы хотимъ сказать слѣдующее: солидарное обязательство можетъ возникнуть изъ

¹⁾ Это имѣеть силу и тогда, когда кредиторъ опредѣленно уступилъ свои права платящему, рѣш. камергерихта 28 іюня 1902 г., Mugdan V, стр. 333.

договора или изъ недозволеннаго дѣйствія. Оно возникаетъ изъ договора, когда нѣсколько человѣкъ берутъ на себя по договору обязательство безъ указаній на то, что это обязательство между ними дѣлится. Въ этомъ случаѣ ихъ дѣло урегулировать между собою отношеніе товарищества. Но изъ недозволенныхъ дѣйствій солидарное обязательство возникаетъ тогда, когда нѣсколько человѣкъ принимаютъ участіе въ одномъ и томъ же дѣяніи, какъ его соучастники, подстрекатели или пособники (§ 830 гражд. улож.). Въ такомъ случаѣ было бы умѣстно постановить, что, когда недозволенное дѣйствіе совершено по небреженію, регрессъ между солидарными должниками опредѣляется размѣрами ихъ участія въ недозволенномъ дѣйствіи и степенью допущеннаго каждымъ изъ нихъ небреженія, а не распределяется между ними равномерно. Безъ сомнѣнія, нельзя признать справедливымъ, чтобы, напр., въ томъ случаѣ, когда по небреженію нѣсколькихъ лицъ произошла желѣзнодорожная катастрофа, причѣмъ на одного падаетъ очень маленькая вина, а на другого очень тяжелая, отношеніе товарищества опредѣлялось принципомъ равенства. Однако по аналогіи съ § 254 можно допустить, что и по гражданскому уложенію, хотя тамъ этого прямо не сказано, размѣръ отвѣтственности не одинаковый. Зато въ случаѣ злоумышленнаго дѣянія не можетъ быть рѣчи о регрессѣ между нѣсколькими соучастниками, ибо никто не можетъ ссылаться на свой злой умыселъ; было бы скандально, если бы присужденный къ возмѣщенію ущерба убійца имѣлъ право регресса къ своимъ соучастникамъ и подалъ бы искъ, въ которомъ сказалъ бы: за мною право, правда я убивалъ, но не одинъ! § 426 („если не было постановлено иного“) даетъ достаточный поводъ для болѣе свободнаго толкованія. Ср. впрочемъ § 420—427 гражд. улож.

§ 65. Для права необходимъ также институтъ активныхъ солидарныхъ обязательствъ, при которыхъ нѣсколько лицъ имѣютъ права требованія на одно и то-же исполненіе. Онъ правда не такъ настоятельно необходимъ, какъ институтъ пассивныхъ солидарныхъ обязательствъ, но и онъ исполняетъ въ обществѣ важныя задачи. Во первыхъ, для должника можетъ быть выгодно имѣть дѣло съ нѣсколькими лицами, каждому изъ которыхъ онъ могъ-бы произвести уплату, въ зависимости отъ того, какъ это ему по времени и мѣсту будетъ удобнѣе. Конечно этотъ интересъ должника можно бы удовлетворить другимъ образомъ, именно назначеніемъ представителей для принятія платежей; но это наврядъ ли было-бы до-

статочно, такъ какъ полномочіе можетъ быть взято обратно. Или можно было бы назначить въ самомъ договорѣ такъ называемаго принимателя уплаты, *solutionis causa adiectus*, которому должникъ разъ на всегда получилъ бы право совершать уплату; его уже нельзя отнять у должника, и этимъ интересы одной стороны были бы соблюдены. Но нужно принять во вниманіе, что очень часто у другой стороны, т. е. кредитора, также является потребность въ нѣсколькихъ лицахъ, изъ которыхъ тотъ или другой, въ зависимости отъ обстоятельствъ, времени и мѣста, сдѣлалъ бы все, что нужно для поддержанія требованія, и въ частности предпринималъ мѣры обезпеченія противъ должника. Конечно этотъ интересъ также могъ бы быть удовлетворенъ институтомъ представительства, однако это средство и здѣсь не всегда достаточно; во многихъ случаяхъ доказательство полномочія сопряжено съ препятствіями, и уполномоченный могъ бы встрѣтить въ своихъ внѣшнихъ дѣйствіяхъ большія или меньшія затрудненія. Для того, чтобы удовлетворить обѣимъ потребностямъ создали институтъ активныхъ солидарныхъ обязательствъ. Существованіе нѣсколькихъ кредиторовъ исполняетъ двойную функцію: должникъ можетъ каждому изъ нихъ совершать уплату, и каждый изъ нихъ имѣетъ право требовать удовлетвореніе и предпринимать необходимыя мѣры обезпеченія.

Этими двумя функціями опредѣляется природа института. Было поэтому ошибкой, когда думали, что предъявленіемъ иска со стороны одного изъ кредиторовъ личность его такъ фиксируется, что должникъ уже не можетъ совершить уплату другому. Это слишкомъ затрогивало бы право должника, это отняло бы у него право выбора и лишило бы институтъ одного изъ важнѣйшихъ его преимуществъ. Съ другой стороны, необходимо позволить каждому изъ кредиторовъ требовать удовлетворенія и привлекать должника къ суду. Исходъ процесса и здѣсь имѣетъ силу только для участвовавшихъ въ немъ сторонъ, для истца и отвѣтчика; если стороны хотятъ большаго, то ихъ дѣло привлечь къ процессу остальныхъ кредиторовъ. Необходимо также, чтобы каждый изъ кредиторовъ имѣлъ право заключать мировыя сдѣлки или слагать требованія съ такимъ дѣйствіемъ, чтобы должникъ былъ свободенъ по отношенію ко всѣмъ, и наконецъ надо дать должнику возможность предъявлять въ зачетъ свои требованія къ любому изъ нихъ, подобно тому какъ онъ любому изъ нихъ можетъ совершать уплату. Все это удачно сдѣлало германское гражданское уложеніе. Въ частности здѣсь также предполагается, что полученный платежъ распредѣляется между всѣми кредиторами,

что имѣть мѣсто и тогда, когда одинъ изъ кредиторовъ наслѣдовалъ должнику, и обязательство въ силу этого было погашено. Ср. §§ 428—430 гражд. улож.

Къ институту активныхъ солидарныхъ обязательствъ принадлежитъ также слѣдующая юридическая фигура: возможны случаи, когда два лица имѣютъ право на одно и то же исполненіе, но такъ, что тотъ, кто дѣлаетъ заявленіе первымъ, исключаетъ второго. Здѣсь приходится допустить что мы имѣемъ предъ собой активное солидарное обязательство съ резолютивнымъ условіемъ такого рода, что заявленіе одного уничтожаетъ право другого; до этого заявленія оба они для должника солидарные кредиторы. Возможно еще и то, что право принадлежитъ обоимъ, но одинъ изъ нихъ и только онъ имѣетъ право исключить другого своимъ заявленіемъ. Отношеніе такого рода существуетъ между держателемъ талона и держателемъ самага долгового документа. Каждый изъ нихъ имѣетъ право на купонные листы, но если держатель главнаго документа придетъ и заявитъ возраженіе, право держателя талона на купонные листы прекращается. Что держатель талона еще въ другихъ отношеніяхъ зависитъ отъ держателя главнаго документа, покоится на другихъ соображеніяхъ; эта та же зависимость, которую мы находимъ, напр., при дивидендныхъ купонахъ. Во всемъ остальномъ право держателя талона есть право кредитора по активному солидарному обязательству съ резолютивнымъ условіемъ (§ 805 гражд. улож.).

§ 66. Неделимая обязательство иногда необходимо приводить къ солидарнымъ обязательствамъ активнымъ или пассивнымъ, причемъ пассивное солидарное обязательство можетъ возникнуть не только въ томъ случаѣ, когда нѣсколько должниковъ имѣются на лицо съ самага начала, но и тогда, когда первоначально былъ всего одинъ должникъ, впоследствии замѣнившійся въ силу наслѣдованія нѣсколькими. Прежняя теорія допускала, что въ этотъ случаѣ солидарный долгъ необходимо долженъ быть смягченъ въ томъ смыслѣ, чтобы кредиторъ былъ обязанъ обратиться ко всѣмъ должникамъ вмѣстѣ и отъ ихъ совокупныхъ усилій добиваться исполненія обязательства. Отъ этого отказались, и исполнѣ основательно; дѣло должниковъ рѣшать, какъ имъ вѣдаться между собой; кредитору слѣдуетъ обратиться только къ одному изъ нихъ. Стоитъ вспомнить, напр., случай, когда кто нибудь отдалъ на храненіе денежную шкатулку, и поклажеприниматель умеръ, или кому нибудь было обѣщано установленія реального сервитута, и обѣщав-

шему наслѣдовали нѣсколько лицъ. Здѣсь придется признать, что каждый изъ должниковъ, т. е. каждый изъ наслѣдниковъ, отвѣчаетъ за весь результатъ, что, если, напр., одинъ изъ содолжниковъ отказывается въ своемъ содѣйствіи и этимъ дѣлаетъ невозможнымъ исполненіе, за него отвѣчаютъ всѣ, ибо тутъ мы имѣемъ предъ собою не послѣдующее, вызванное виною, повышеніе отвѣтственности, а первоначальное обязательство, реальное удовлетвореніе по которому иногда становится невозможнымъ благодаря отказу одного изъ должниковъ въ содѣйствіи. Поэтому каждый солидарно отвѣчаетъ за шкатулку и, эвентуально, за полное возмѣщеніе ущерба. Совсѣмъ другія отношенія существуютъ на сторонѣ кредиторовъ. Нѣтъ никакой необходимости въ томъ, чтобы все удовлетвореніе могло быть произведено одному кредитору или чтобы одинъ кредиторъ могъ распоряжаться всѣмъ требованіемъ; нѣсколько кредиторовъ существуютъ здѣсь не для того, чтобы облегчить должнику удовлетвореніе или сдѣлать болѣе удобнымъ взысканіе, а просто потому, что недѣлимое обязательство можетъ быть исполнено только недѣлимымъ образомъ, т. е. за разъ, а не частями или отрывками. Отсюда само собою вытекаетъ, что должникъ имѣетъ право требовать, чтобы всѣ кредиторы содѣйствовали удовлетворенію, и его нельзя принудить совершить удовлетвореніе одному; и поэтому каждый изъ солидарныхъ кредиторовъ имѣетъ право требовать удовлетвореніе, но не въ пользу его одного, а только всѣхъ кредиторовъ; онъ не можетъ также распоряжаться требованіемъ, напр. опъ не можетъ сложить его съ должника. Ср. § 431, 432 гражд. улож.

4. Передача обязательствъ.

§ 67. Протло долгое время, прежде чѣмъ народы допустили передачу требованій, и это понятно, такъ какъ въ прежнія времена должникъ былъ порабощенъ; передача кабальныхъ правъда встрѣчается въ правѣ народовъ, но мало по малу на нее начинаютъ смотрѣть, какъ на безчеловѣчіе, и ею не пользуются. Со смягченіемъ отношеній и этическимъ преобразованіемъ взаимныхъ обязательствъ это основаніе должно было болѣе или менѣе исчезнуть, а потребность въ передачѣ должна была возникнуть всюду, гдѣ оборотъ принялъ значительные размѣры. Когда кто-нибудь имѣетъ требованія и по какимъ либо обстоятельствамъ вынужденъ на время оставить дѣла, то для него возникаетъ настоятельная потребность поручить кому либо другому ихъ взысканіе, если онъ

хочетъ доставить себѣ спокойное существованіе. Но и въ томъ случаѣ, когда кто либо владѣетъ требованіями въ чужой сторонѣ, для него можетъ наступить необходимость поручить ихъ взысканіе другому, чтобы не задержаться самому за границей. Существуютъ два института, способные удовлетворять эти потребности: представительство и цессія. Оба—продуктъ развивающейся культуры. Представительство стало извѣстно только въ позднѣйшій періодъ; оно не могло поэтому удовлетворить потребности и сдѣлать излишней передачу. Чтобы не быть вынужденнымъ оставить безъ призора такую драгоценную часть имущества, какъ право требованія, нужна была цессія; большее значеніе имѣло также развитіе спекулятивной передачи, ибо большей частью потребности оборота находятъ лучшее удовлетвореніе, когда въ нихъ становится заинтересованной спекуляція, этотъ управомоченный эгоизмъ оборота.

Народамъ при этомъ открывались преимущественно два средства. Одно изъ нихъ состояло въ томъ, чтобы связать требованіе съ документомъ и придать ему такую форму, чтобы требовать уплаты могъ всякій держатель документа. Тогда можно будетъ по произволу передавать требованіе, какъ всякое тѣлесное имущественное благо, и держатель документа будетъ имѣть право принимать уплату, а также взыскивать по требованію. Этотъ институтъ развился еще у древнихъ культурныхъ народовъ, напр., у вавилонянъ: документъ обладалъ здѣсь нѣкоторымъ волшебствомъ; къ нему тяготѣло требованіе, а если по требованію было уплачено, то терялъ свою силу документъ. Тотъ же самый ходъ развитія прошло германское право; но оно пошло дальше ¹⁾: оно не останавлилось на передачѣ, а пришло къ *бумагамъ на предъявителя*. Бумаги же на предъявителя представляютъ уже собою шагъ развитія, идущій за предѣлы передачи требованій; происхожденіе ихъ восходитъ къ древнимъ временамъ лангобардскаго права.

Другое средство состоитъ въ томъ, чтобы, смотря на требованіе, какъ на пѣчто нематеріальное, какъ на не тѣлесное благо, допускать его переходъ къ другимъ и совершать передачу такъ, какъ это возможно съ подобными нетѣлесными благами,—нефор-

¹⁾ Ср. документъ Rialto за 1168 (Arch. Veneto VIII p. 148): *promissionis cartam vobis damus et transactamus cum omni suo vigore et robore, habendi, tenendi, inquirendi, interpellandi, placitandi, excuciendi. . . .* Наоборотъ по статутамъ Brescia BB. III 190 (постановленіе отъ 1216) цессія допускается только въ крайнихъ случаяхъ (Mon. hist. patr. II p. 1769).

мально; ибо нѣтъ ничего тѣлеснаго, къ чему право тяготѣло бы, и поэтому нельзя ознаменовать его переходъ тѣлесной передачей ¹⁾).

Такая передача требованія какъ нетѣлеснаго блага носить названіе *уступки* требованія, въ пандектномъ правѣ—*cessiō*. Извѣстно, какъ она развивалась въ римскомъ правѣ. Подобно многимъ институтамъ, корни свои она имѣетъ въ процессѣ. Преторъ могъ дать форму, въ которой *intentio* говорила о прежнемъ кредиторѣ, а такъ назыв. *condemnatio* уже была направлена на новаго. Это процессуальное нововведеніе влекло за собой измѣненіе матеріальнаго права, ибо римскій формулярный процессъ имѣлъ ту важную особенность, что съ момента *litiscontestatio* само матеріальное право вступало въ совершенно новый фазисъ. Таковъ былъ исходный пунктъ. Поэтому, для того, чтобы осуществить передачу и ввести другую сторону въ право требованія, первоначально нужно было начать процессъ и довести его до *litiscontestatio*. Облегченіе наступило съ того времени, когда стало возможнымъ начинать процессъ съ *denuntiatio* отвѣтчику, такъ что развитіе *cessiō* привело къ тому, что къ договору объ уступкѣ присоединилась *denuntiatio* должника; *litiscontestatio* стала ненужной. Въ этомъ видѣ *cessiō* перешла въ пандектное право. Съ этого времени значеніе денунціаціи стало ядромъ всего развитія. Если совершенно сбросить процессуальное покрывало, то смыслъ денунціаціи могъ заключаться только въ томъ, чтобы дать знать должнику объ уступкѣ: она превратилась въ извѣщеніе; ибо понятно, что должникъ долженъ такъ или иначе узнать объ уступкѣ: пока онъ не имѣетъ о ней свѣдѣній, онъ долженъ имѣть возможность вѣрить, что старый кредиторъ—его кредиторъ, которому онъ можетъ платить, и съ которымъ онъ можетъ совершать все, что необходимо для дальнѣйшаго развитія обязательства. Противоположное допущеніе уничтожило бы всякую прочность въ области обязательственныхъ отношеній: только съ того момента, когда должникъ получилъ извѣстіе объ уступкѣ, отъ него можно требовать, чтобы онъ соображался съ новымъ кредиторомъ и разстался со старымъ. А разъ дошли доэтого, то уже оставался

¹⁾ И эту форму передачи находимъ въ средневѣковой Италіи; такъ въ грамотѣ отъ 9 апрѣля 1193 Bettoni, storia della riviera di Salò III Nr B: Abbas dedit, cessit, mandavit omnes rationes et actiones ita ut ipse U et M possint movere et intentare et agere et excipere sicut dominus Abbas posset, si retinisset. Затѣмъ Como 1254 (M. hist. patr. XVI p. 435). Часто встрѣчается запрещеніе *cessiō* спорнаго притязанія (Rom 1363 I 77: подъ угрозой *infamia*), и иностранцамъ (Pesaro 1530 III 83) или *in potentiorē*, Pistoia 1284 c 112 (Ed. Idekauer).

одинъ шагъ, чтобы сказать: денунціація, какъ увѣдомленіе должника, имѣеть только фактическое значеніе; ея цѣль въ томъ, чтобы должникъ былъ освѣдомленъ и впередъ зналъ, что онъ долженъ имѣть въ виду новаго кредитора. Ученіе пандектнаго права рѣшилось мало по малу стать на эту точку зрѣнія, а ее, какъ правило, усвоило и германское гражданское уложеніе.

Отсюда вытекаетъ, что увѣдомленіе болѣе не имѣеть вліянія на передачу: оно не необходимо для того, чтобы завершить передачу, какъ таковую. Поэтому, если одно и то же требованіе передано одному за другимъ двумъ лицамъ, то оно переходитъ не къ тому, въ чью пользу дошло къ должнику первое увѣдомленіе, а къ тому, кому первому оно было передано.

Въ остальномъ увѣдомленіе должника имѣеть, какъ уже было указано, то многостороннее значеніе, что до этого увѣдомленія онъ можетъ совершать съ прежнимъ кредиторомъ всѣ касающіяся требованія юридическія дѣйствія, а эти дѣйствія и даютъ господство по отношенію къ обязательству. И если до увѣдомленія начался процессъ между должникомъ и прежнимъ кредиторомъ, то онъ продолжается между ними далѣе при полномъ дѣйствіи требованія; онъ продолжается далѣе точно такъ, какъ если бы онъ начался въ моментъ, когда прежній кредиторъ еще былъ кредиторомъ (гражд. улож. § 407). Если должникъ пріобрѣтаетъ до увѣдомленія годныя къ зачету встрѣчныя требованія, то онъ имѣеть право зачета, несмотря на уже послѣдовавшую передачу; ибо возможно, что онъ пріобрѣлъ эти требованія именно съ цѣлью предъявить ихъ къ зачету, и отказъ въ правѣ зачета былъ бы несправедливымъ ухудшеніемъ его юридическаго положенія. Однако это право зачета имѣеть только онъ, но не прежній кредиторъ, ибо послѣдній уже больше не владѣеть переданнымъ требованіемъ и не можетъ поэтому предъявлять его къ зачету.

Впрочемъ обращеніе въ оборотъ требованій осталось во многихъ пунктахъ на болѣе низкой ступени, чѣмъ обращеніе тѣлесныхъ вещей. По отношенію къ тѣлеснымъ вещамъ, когда дѣло идетъ о собственности, дѣйствуетъ положеніе, что добрая вѣра во многомъ возмѣщаетъ право передающаго и дѣлаетъ пріобрѣтателя собственникомъ. Эта мысль потерпѣла значительныя ограниченія по отношенію къ передачѣ нетѣлесныхъ предметовъ. Здѣсь еще имѣеть силу строгое правило: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*—никто не можетъ передать другому больше правъ, чѣмъ онъ ихъ самъ имѣеть, и оно-то примѣняется къ требованіямъ. Если

передающий не есть кредиторъ, то приобрѣтатель также не дѣлается кредиторомъ; если требованіе имѣетъ пороки, то оно переходитъ со всѣми пороками; если противъ него существуютъ возраженія, то оно передается только съ возраженіями. И это даже въ томъ случаѣ, когда приобрѣтеніе сдѣлано на основаніи долгового документа, въ которомъ нѣтъ указаній на существованіе этихъ пороковъ. Эти же начала примѣняются при передачѣ правъ на нематеріальныя блага: здѣсь также нѣтъ достаточной прочности добросовѣстнаго приобрѣтенія. Однако по отношенію къ многимъ правамъ на нематеріальныя блага сдѣлана попытка достичь нѣкоторой надежности путемъ изготовленія регистра (патентнаго регитра) и дѣйствительно ему, какъ это указано было выше, можно было бы придать форму вотчинной книги. Все это не примѣнимо къ требованіямъ. Легко понять, почему. Нѣтъ сомнѣній, что оборотъ привелъ бы здѣсь къ подобнымъ же положеніямъ, если бы задача не была рѣшена другимъ, гораздо болѣе удобнымъ и дѣйствительнымъ институтомъ, а именно институтомъ бумагъ по приказу и на предъявителя. Но при этомъ институтъ дѣло уже болѣе не въ передачѣ требованій, а совсѣмъ въ другихъ вещахъ, въ составленіи (изготовленіи долговыхъ документовъ) и передачѣ тѣлесной бумаги. Эти институты, развившіеся изъ германскихъ основъ, въ такой высокой степени удовлетворили настоятельной потребности этого права въ защитѣ добросовѣстнаго приобрѣтателя, что всюду, гдѣ она была на лицо, прибѣгали къ нимъ. Обычныя гражданско-правовыя передачи требованій остались поэтому при старомъ положеніи, что приобрѣтатель не получаетъ больше правъ, чѣмъ ихъ имѣетъ передающій, и это правило не знаетъ исключеній, кромѣ одного случая: именно, если требованіе есть только мнимое требованіе, но этотъ его мнимый характеръ не виденъ изъ долгового документа, и если приобрѣтатель требованія приобрѣлъ его на основаніи этого документа,—то должникъ не можетъ противопоставить ему этотъ мнимый характеръ; другими словами: въ этомъ случаѣ не существовавшій долгъ начинаетъ существовать, когда право на него переходитъ къ добросовѣстному приобрѣтателю (§ 405 гражд. улож.). Этому я добивался еще 25 лѣтъ тому назадъ (*Jahrb. f. Dogm.* XVI стр. 140).

Передача требованій часто является дѣломъ нужды или факторства, въ томъ смыслѣ, что взысканіе требованій съ лицъ, противъ которыхъ, въ силу личныхъ къ нимъ отношеній, не удобно выступать самому, поручаютъ другимъ, большей частью спеціальнымъ торговцамъ и агентамъ. Въ свое время считали нужнымъ бороться

съ этой торговлей правами требованія, и императоръ Анастасій пытался ограничить ее своимъ постановленіемъ, по которому въ случаѣ продажи требованій, новый кредиторъ не можетъ требовать съ должника больше, чѣмъ онъ самъ заплатилъ. Это постановленіе Анастасія просуществовало во все средневѣковье, даже еще дольше, до новаго времени, но теперь оно совершенно забыто. Правда, обращеніе требованій въ оборотъ вылилось главнымъ образомъ въ форму бумагъ по приказу и на предъявителя, а въ новѣйшее время сюда прибавился институтъ ипотечныхъ свидѣтельствъ, однако простое обращеніе требованій сохранило, послѣ отпаденія анастасіевскаго постановленія, все еще значительную область примѣненія; въ наше время снова пришлось подумать объ ограниченіяхъ, и это сдѣлали.

Вѣдь всѣ соціальныя мѣры предосторожности, которыя принимаются, чтобы обезпечить заработную плату рабочаго отъ направленія на нее взысканій, потерпѣли бы крушеніе, если бы распространили свободную передачу требованій также на заработную плату: заимодавецъ, зная, что онъ не можетъ обратить взысканіе на заработную плату, не удовлетворился бы, пока должникъ добровольно бы не уступилъ ему будущую заработную плату; этимъ объясняется постановленіе гражданскаго уложенія, въ силу котораго не можетъ быть уступлено требованіе, поскольку оно не подлежитъ обращенію на него взысканія (§ 400 гражд. улож.).

5. Прекращеніе обязательствъ.

§ 68. Напряженное состояніе, созданное обязательствомъ, стремится къ прекращенію. Нормальнымъ является прекращеніе путемъ удовлетворенія, т. е. путемъ осуществленія требуемаго обязательствомъ состоянія.

Много спорили о томъ, представляетъ ли собою удовлетвореніе юридическій актъ. Раньше я отвѣчалъ на этотъ вопросъ отрицательно,—на томъ основаніи, что исполненіе можетъ состоять просто въ фактической дѣятельности, напр., доставленіи тонкихъ или грубыхъ услугъ; исполняютъ обязательство и парикмахеръ когда онъ забираетъ волосы; и массажистъ, когда онъ массируетъ ногу. При этомъ я не принялъ во вниманіе того, что когда все это дѣлается, оно носитъ характеръ удовлетворенія лишь въ той мѣрѣ, въ какой это дѣлается въ виду существованія обязательства. Поэтому нѣтъ удовлетворенія, когда, напр., это дѣлаетъ третье лицо съ намѣреніемъ одарить кредитора, или даже когда это съ тѣмъ же намѣреніемъ

дѣлаетъ должникъ, напр. въ томъ случаѣ, когда онъ оспариваетъ существованіе долга и хочетъ придать удовлетворенію характеръ подарка. Тогда примѣняются начала, дѣйствующія при дареніи; можетъ послѣдовать отмѣна даренія и т. д. Удовлетвореніе по обязательству потому еще есть юридическій актъ, что вопросъ о порядкѣ расчета въ случаѣ существованія нѣсколькихъ однородныхъ долговъ опредѣляется юридическими нормами, и при этомъ принимаются во вниманіе заявленія сторонъ. Ср. объ этомъ §§ 366, 367 гражд. улож. ¹⁾.

Что удовлетвореніе можетъ совершить и третье лицо, очень понятно; ибо должникъ общаетъ не то, что онъ самъ совершить опредѣленное дѣйствіе, а то, что оно будетъ совершено, и его отношеніе къ удовлетворенію состоитъ въ томъ, что на немъ лежитъ забота объ его осуществленіи. Поэтому, если оно произойдетъ благодаря другому, то предметъ, за который отвѣчаетъ должникъ, отпадаетъ самъ собою, а лежавшее на немъ обязательство является исполненнымъ. Повидимому для этого правила существуетъ одно исключеніе: въ томъ случаѣ, когда удовлетвореніе третьяго лица было не тѣмъ, которое установлено въ договорѣ, но это только кажущееся исключеніе, такъ какъ должникъ общаетъ удовлетвореніе, соответствующее договору; несоответствующее договору удовлетвореніе не есть поэтому вовсе исполненіе, картина Тома не есть картина Легантини. Это не нуждается въ дальнѣйшихъ доказательствахъ.

Однако въ жизни встрѣчаются часто такіа стеченія обстоятельствъ, когда должникъ заинтересованъ въ томъ, чтобы третье лицо за него не платило. Стоитъ вспомнить случай, когда роль должника играетъ судья, и его долги платитъ лицо, ведущее передъ нимъ свою тяжбу. Впрочемъ въ этомъ случаѣ дареніе будетъ на лицо только при томъ условіи, что судья приметъ такой даръ; если онъ этого не сдѣлаетъ, то онъ по правиламъ о неправомѣрномъ обогащеніи несетъ передъ уплатившимъ обязанность возмѣщенія: такъ онъ конечно можетъ очистить себя отъ подозрѣній въ подкупѣ (§ 516 гражд. улож.). Однако дѣло это

¹⁾ Въ частности еще старое право учило, что платежъ прежде всего идетъ на погашеніе процентовъ и уже затѣмъ на погашеніе капитала. Интересно различіе, проведенное въ одномъ *acte de notariété* парижскаго Chatelet отъ 17 іюля 1722: по этому акту, когда проценты возникли въ силу просрочки, примѣняется противоположный порядокъ, Donisart, *Actes de notoriété* [1769] p. 438.

все-же имѣть свои непріятныя стороны, и поэтому гражданское уложеніе постановляетъ слѣдующее: должникъ можетъ заявить кредитору, что онъ не желаетъ, чтобы за него платили третьи лица или опредѣленное третье лицо. Это конечно не мѣшаетъ кредитору принимать отъ этого третьяго лица уплату, такъ какъ это было-бы въ ущербъ правамъ и интересамъ кредитора, которому нельзя запретить принимать уплату тамъ, гдѣ ему ее даютъ; но это имѣетъ то значеніе, что кредиторъ можетъ отклонить уплату, не совершая при этомъ просрочки принятія, между тѣмъ какъ, если-бы онъ не получилъ этого указанія, отклоненіе отъ третьяго лица такъ же явилось-бы просрочкой принятія, какъ отклоненіе принятія отъ самого должника, такъ что наступило-бы ухудшеніе въ юридическомъ положеніи кредитора. Естественно, что должникъ не можетъ требовать этого ухудшенія въ томъ случаѣ, когда онъ просилъ кредитора не принимать уплаты отъ третьяго лица, и кредиторъ только исполнилъ его просьбу (§ 267 гражд. улож.).

Большое хозяйственное значеніе имѣетъ *закънъ удовлетворенія*—*datio in solutum*,—которая состоитъ въ томъ, что съ согласія кредитора ему предоставляется нѣчто другое, чѣмъ обусловлено въ договорѣ. Этотъ институтъ игралъ долгое время большую роль, особенно пока денежное хозяйство не проникло повсюду; долгое время кредиторъ былъ обязанъ принимать ¹⁾ вмѣсто денегъ нѣкоторые другіе предметы, напр., хлѣбъ. Въ настоящее время отношенія измѣнились, кредиторъ болѣе къ этому не обязанъ; болѣе того предоставленіе чего-либо взаменъ удовлетворенія въ двухъ случаяхъ носить даже строго противозаконный характеръ, и законъ угрожаетъ ему карамъ. Первый случай представляетъ собою такъ называемая система расплаты натурою, о которой уже выше было говорено. Уже много десятиковъ лѣтъ дѣйствуетъ въ промышленныхъ городахъ правило, что работодатель можетъ расплачиваться съ рабочимъ только деньгами, и что всякое соглашеніе, противорѣчащее этому правилу, недопустимо: недопустимо также дать уже послѣ заключенія договора въ исполненіе долга что-либо другое вмѣсто денегъ, хотя-бы рабочій на это соглашался, ибо часто такое

¹⁾ Во все средневѣковыя деньги и денежные цѣнности стояли наравнѣ, отсюда установленіе залога съ правомъ приобрѣтенія собственности на заложенную вещь въ случаѣ неуплаты по требованію, ср. *Parcival* III 805 (142) *het in pfenninge oder phant*, такъ въ многочисленныхъ постановленіяхъ странъ обычнаго права и городскихъ правъ.

согласіе вынуждалось-бы у него его тяжелымъ хозяйственнымъ положеніемъ. Подобная замѣна платы недѣйствительна и не погашаетъ долга, болѣе того: работодатель подлежитъ штрафу. Впрочемъ существуетъ нѣсколько исключеній (ср. 66 115 уст. пром.). Вторымъ случаемъ противозаконнаго удовлетворенія взаимнѣ уплаты является передача чего-либо передъ самымъ открытіемъ конкурса, послѣ того какъ выяснилась неплатежеспособность, послѣ пріостановки платежей либо ходатайства объ открытіи конкурса: при извѣстныхъ (очень облегченныхъ) субъективныхъ условіяхъ эта передача можетъ быть оспорена послѣ открытія конкурса (§ 30 уст. конк.).

Чрезвычайно важнымъ способомъ погашенія долговъ является *зачетъ*, который прежде называли компенсацией. Въ формѣ зачета народы совершаютъ крупнѣйшіе свои платежи, такъ что нужда въ платежныхъ средствахъ уже сравнительно невелика. Для зачета необходимо, чтобы кредиторъ имѣлъ требованіе противъ должника, а должникъ противъ кредитора, и чтобы оба требованія были направлены на однородные предметы, т. е. замѣнимыя вещи одного и того же рода.

При развитомъ денежномъ хозяйствѣ само собою должна была возникнуть мысль, что въ такомъ случаѣ нѣтъ надобности мѣняться платежами, что наоборотъ оба требованія гораздо удобнѣ считать взаимно погашенными. Это нетрудно сдѣлать, когда обѣ стороны согласны между собою. Въ противномъ случаѣ возникаетъ вопросъ о томъ, можетъ ли одна сторона принудить другую къ такому сведенію счетовъ.

Отвѣтъ не можетъ быть безусловно утвердительнымъ; ибо бываетъ много случаевъ, когда для одной стороны настоятельно необходимо получить дѣйствительную уплату, а не производство подобнаго разсчета. Институтъ нуждается, поэтому, въ основательной разработкѣ и только тогда окажется полезнымъ, когда будетъ поставленъ въ правильныя границы. Съ другой стороны хозяйственное значеніе института требуетъ, чтобы онъ далъ средство настолько приблизить другъ къ другу, путемъ переводовъ и передачь, существующія между разными лицами прямыя и встрѣчныя обязательства, чтобы въ концѣ концовъ долги оказались на одной сторонѣ, а встрѣчныя имъ долги на другой сторонѣ, и такимъ образомъ одной грандіозной компенсацией были вычеркнуты самые крупные долги, какіе существуютъ въ оборотѣ. Это такъ называемая система *разсчетовъ палатъ*. Каждый до тѣхъ поръ передаетъ другому находящееся у него требованіе, пока въ концѣ концовъ одинъ

рядъ требованій оказывается въ рукахъ у А, а другой рядъ въ рукахъ у В, причемъ такъ, что требованія А направлены какъ разъ противъ В, а наоборотъ требованія В противъ А.

Много спорили о природѣ зачета. Я раньше признавалъ, что производящій зачетъ какъ бы врывается въ имущество другого и своего рода самоуправствомъ освобождаетъ себя отъ долга. Если предположимъ, что А долженъ уплатить В сто, а В—А, то это можно понимать такъ, что А беретъ требованіе, которое имѣетъ противъ него В, и погашаетъ имъ свое требованіе, другими словами онъ считаетъ себя удовлетвореннымъ тѣмъ, что уничтожилъ требованіе В. Теперь я считаю такое объясненіе недостаточнымъ: оно предполагаетъ извѣстное насилие и противорѣчить идеѣ мирнаго оборота. Поэтому я далъ другую конструкцію, при которой дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ: должникъ, который обязанъ уплатить сто, но столько же долженъ получить, поручаетъ своему кредитору уплатить самому себѣ тѣ сто, которые онъ, кредиторъ ему долженъ, и тѣмъ удовлетвориться. Если бы кредиторъ это продѣлалъ на самомъ дѣлѣ, то все бы произошло по всѣмъ правиламъ, и оба требованія были погашены. На дѣлѣ, однако, нужна не дѣйствительная, а только фингированная уплата; уплата самому себѣ можетъ быть совершена путемъ простого заявленія и не нуждается въ реальной дѣятельности: она есть сдѣлка съ самимъ собою. Поэтому подробнѣе нашу идею можно представить въ слѣдующемъ видѣ.

Должникъ (А) поручаетъ своему кредитору (В) уплатить самому себѣ эти сто, а кредиторъ (В) говоритъ самому себѣ: я (В) плачу себѣ (В); и въ этомъ случаѣ все было бы въ порядкѣ. Но сюда присоединяется еще второй элементъ. Въ отношеніи, подобномъ нашему, кредиторъ (В), поскольку не существуетъ особыхъ противостоящихъ обстоятельствъ, былъ бы обязанъ исполнить это порученіе; онъ вступилъ бы въ противорѣчіе съ правилами оборота, если бы онъ этого не сдѣлалъ. Отсюда дальнѣйшее развитіе идеи: кредиторъ (В) долженъ подчиниться такому порученію, и наконецъ: такъ какъ кредиторъ (В) къ этому обязанъ, то правопорядокъ можетъ сказать: если этого требуетъ должникъ (А), то порученіе должно считаться уже исполненнымъ, т. е. должно наступить дѣйствіе, какъ еслибы это уже произошло, какъ еслибы кредиторъ (В) уже сдѣлалъ себѣ заявленіе о самоуплатѣ. И право это дѣлаетъ, допуская зачетъ. Пока право рѣшилось приписать это слѣдствіе простому заявленію А объ уплатѣ, прошелъ долгій пе-

ріодъ несовершеннаго развитія, когда порученія должника еще было недостаточно, чтобы достигнуть этой цѣли: полагали, что только дѣятельность судьи можетъ возмѣститъ дѣятельность кредитора, если послѣдній на нее не соглашается. Несовершенное развитіе дошло только до этого пункта; пандектное право работало ¹⁾ надъ этимъ въ теченіе столѣтій. Мы пошли дальше и считаемъ достаточнымъ простого порученія должника. Зачетъ производится одностороннимъ заявленіемъ должника, которое должно дойти до кредитора, и сводится къ тому, чтобы кредиторъ уплатилъ вышеуказаннымъ способомъ самому себѣ, или просто къ тому, чтобы оба требованія были взаимно погашены. Если заявленіе дошло до кредитора, то это достигнуто. Заявленіе можетъ произойти внѣ процесса и тогда совершается вышеуказаннымъ образомъ. Если оно дѣлается во время процесса, то оно подлежитъ правиламъ процессуальнаго права. Раньше обычнымъ явленіемъ былъ судебный зачетъ; теперь его мѣсто занялъ зачетъ внѣсудебный.

§ 69. Удовлетвореніе, поскольку имъ желаютъ достигнуть справедливости, часто даетъ основаніе для уравниенія отношеній. Нерѣдко оно бьетъ по интересамъ многихъ въ то время какъ, въ концѣ концовъ, всѣ жертвы должны пасть на одно лицо, остальные же вынуждены вмѣшиваться только для того, чтобы обезпечить себѣ освобожденіе отъ обязательства или удержать въ своемъ владѣніи вещи, которыя иначе были бы у нихъ отняты.

Это уравниеніе отношеній въ частности получило развитіе уже во французскомъ правѣ; тамъ о немъ говорится подъ именемъ суброгации (Code civil art. 1249 и сл.); этотъ институтъ покоится на трудахъ средневѣковыхъ юристовъ, въ томъ числѣ и Molinaeus ²⁾. Идея эта проявилась также въ германскомъ гражданскомъ уложеніи. Не всякій уплачивающій чужой долгъ, тѣмъ самымъ при-

¹⁾ Что прежнее развитіе знаменовало несовершенное состояніе, ясно; фактъ однако тотъ, что оно было шагомъ назадъ въ сравненіи съ мнѣніями Бартола и Бальда. Впрочемъ то, что привели противъ моей конструкціи, явно не выдерживаетъ критики. Аргументируютъ такъ, какъ если-бы законъ нашъ совершенно не зналъ зачета, и его-бы предстояло ввести въ жизнь указаннымъ мною путемъ, и спорять противъ допущенія самоуплаты и т. д. На дѣлѣ зачетъ признанъ закономъ, и тѣмъ самымъ самоуплата получила подтвержденіе въ законѣ. Дѣло науки конструировать то, что создало законодательство, и это я сдѣлалъ.

²⁾ Къ нимъ примкнулъ законъ Генриха IV мая 1609 г., въ силу котораго тотъ, кто уплачиваетъ выкупную стоимость ренты, тотчасъ-же вступаетъ въ рентное право со всѣми добавочными правами.

обрѣтаетъ притязаніе на удовлетвореніе. По общему правилу для возникновенія притязанія на уравниеніе необходимо какое-нибудь особенное юридическое основаніе, какъ напр. веденіе чужихъ дѣлъ, и тогда примѣняются соответствующія этому юридическому отношенію правила. Но если кто-нибудь совершаетъ удовлетвореніе потому, что онъ самъ обязанъ къ исполненію, или потому, что онъ только этимъ удовлетвореніемъ можетъ отвратить отъ себя какой-нибудь значительный ущербъ, то онъ можетъ помочь себѣ подобнымъ притязаніемъ на уравниеніе, такъ напр. когда уплату совершаетъ поручитель или владѣлецъ заложенной вещи, или когда уплату совершаетъ тотъ, кому приходится вмѣшаться, чтобы не лишиться вещи, на которую въ противномъ случаѣ будетъ направлено принудительное взысканіе, способное уничтожить его право. Стоитъ вспомнить случай, когда наниматель уплачиваетъ долгъ домовладѣльца, чтобы только домъ не пошелъ съ молотка и не подвергаться риску черезъ установленный закономъ срокъ очутиться подъ открытымъ небомъ, (ср. § 268, 426, 774, 1143, 1225, 1249 гражд. улож., § 140 закона о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ въ промышленныхъ заведеніяхъ и др.).

Суброгація состоитъ въ томъ, что должникъ вступаетъ въ права удовлетвореннаго имъ кредитора, т. е. въ томъ, что должникъ имѣетъ противъ конечнаго должника не простое право регресса, а всѣ права, какія только принадлежать кредитору. Это вступленіе въ права кредитора совершается само собою въ моментъ платежа, при чемъ кредиторы кредитора не могутъ дѣлать противъ него какихъ-либо возраженій.

Противъ этой юридической конструкціи можно конечно возразить, что съ платежомъ права кредитора погашаются, а потому переходъ ихъ невозможенъ. Но это неправильно; съ удовлетвореніемъ кредитора права его погашаются лишь относительно; они продолжаютъ существовать, поскольку это необходимо для удовлетворенія того, кто совершилъ платежъ.

Однако здѣсь имѣетъ силу правило: *nemo subrogat contrase*; это значитъ: если платежъ былъ только частичнымъ, такъ что для одной части требованія произошла суброгація, а по другой части кредиторъ остался кредиторомъ, то вступленіе совершившаго уплату не можетъ никогда привести къ сокращенію правъ кредитора по оставшейся за нимъ части требованія; поэтому, если нельзя взыскать все требованіе, то сначала удовлетворяется кредиторъ, и лишь затѣмъ тотъ, кто совершилъ частичный платежъ. Суброгація

должна произойти такъ, чтобы кредиторъ не былъ поставленъ въ менѣе выгодное положеніе чѣмъ въ томъ случаѣ, когда уплаченная часть требованія была бы погашена платежомъ не относительно, а абсолютно. Еще въ пандектномъ правѣ говорили, что кредиторъ лишь постольку обязанъ къ *cessio actionum*, поскольку она возможна безъ ущерба для него.

II. Особенная часть.

1. Юридическая дѣятельность на основѣ юридическихъ сдѣлокъ.

Книга первая.

Обмѣнъ благъ.

а) Сдѣлки по обмѣну вещей.

1. Купля и мѣна.

§ 70. Договоръ купли-продажи регулированъ въ Германскомъ гражданскомъ уложеніи такъ, какъ это сдѣлало необходимымъ вліянія каноническаго и французскаго права. Продавецъ отвѣчаетъ не только за то, что покупатель будетъ въ послѣдствіи лишенъ владѣнія лицомъ, имѣющимъ на это владѣніе лучшее право, но и за перенесеніе на другое лицо полнаго права, напр. собственности, если была продана вещь, или права требованія, если было продано требованіе ¹⁾. Вслѣдствіе этого покупатель можетъ, если ему была продана чужая вещь, прямо заявить, что продавецъ не соблюлъ въ достаточной мѣрѣ своихъ обязанностей, и что онъ поэтому требуетъ добавочнаго удовлетворенія, а если оно не будетъ совершенно, то онъ отступается отъ договора или требуетъ возмѣщенія ущерба, вызваннаго неудовлетвореніемъ. Римское право придерживалось въ высшей степени несоотвѣтствующаго правила, по которому, за исключеніемъ случая злого умысла, покупатель не можетъ заявлять какихъ-либо претензій, пока собственникъ вещи не отниметъ ея у него судомъ; до этого онъ долженъ былъ считать себя удовлетвореннымъ чужой вещью, что приводило къ нетер-

¹⁾ Продажа несуществующаго требованія равносильна продажѣ чужой вещи; ибо въ этомъ случаѣ продавецъ отчуждаетъ непринлежащія ему обязательства мнимаго должника, т. е. ничто ему чужое. Ср. рѣш. Гамбургск. оберландсгер. 1 ноября 1901, *Mugdan*, IV стр. 213, 214.

пимымъ послѣдствіямъ, такъ какъ покупателя до нѣкоторой степени какъ бы вынуждали пользоваться плодами чужой вещи или пускать ее въ обращеніе, какъ свою, т. е. совершать явныя утайки и присвоенія. Достойно удивленія, что находились юристы, которые отстаивали эту систему: въ гражданскомъ уложеніи отъ нея отказались съ полнымъ основаніемъ.

Этимъ, конечно, не сказано, что всякая продажа чужой вещи недѣйствительна, такъ какъ вполне возможно продать чужую вещь съ обязательствомъ приобрести на нее право собственности и затѣмъ передать вещь вмѣстѣ съ правомъ собственности на нее покупателю. Но если-бы кто-либо захотѣлъ отчудить завѣдомо чужую вещь съ цѣлью отнять ее у собственника, то онъ-бы совершилъ безнравственный поступокъ, и если-бы это было сдѣлано съ вѣдома и согласія покупателя, договоръ оказался-бы просто недѣйствителенъ въ силу § 138 гражд. улож. Но въ томъ случаѣ, когда одинъ только продавецъ знаетъ, что вещь чужая, когда, напр., часовой мастеръ, вопреки требованіямъ доброй вѣры, продаетъ отданные ему на храненіе часы, онъ можетъ отклонить отъ себя обязанность, передать ихъ покупателю, ибо его нельзя принуждать присваивать чужія вещи. За то онъ, въ силу общихъ началъ, долженъ будетъ примириться, если покупатель отступится отъ договора или потребуетъ возмѣщенія ущерба, вызваннаго неудовлетвореніемъ: продавецъ отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, если исполненіе договора для него непосильно благодаря тому, что онъ не собственникъ проданной вещи. Тѣ же самыя правила имѣли-бы примѣненіе также въ томъ случаѣ, если-бы продавецъ дѣйствовалъ по доброй совѣсти, но затѣмъ узналъ объ отсутствіи у него права собственности на проданную вещь и о таковомъ на нее правѣ третьяго лица: онъ могъ-бы отказаться отъ передачи, но долженъ былъ бы отвѣчать въ той мѣрѣ, въ какой на немъ лежитъ отвѣтственность за то, что исполненіе стало непосильнымъ. Такъ напр., если бы онъ только позднѣе узналъ, что часы ему отданы лишь въ поправку, или продалъ вещь въ минуту внезапной забывчивости (ср. § 437—440 гражд. улож.).

Зато во всемъ, что касается отвѣтственности за фактическіе недостатки предмета, гражданское уложеніе идетъ по проложенному римскимъ правомъ пути, а именно, при продажѣ и другихъ подобныхъ сдѣлкахъ мѣнового характера отчуждатель отвѣчаетъ за фактическіе недостатки, поскольку они противорѣчатъ обѣщаннымъ свойствамъ или вообще понижаютъ пригодность вещи, причемъ подъ пригодностью подразумѣвается пригодность къ надле-

жащему употребленію, т. е. къ употребленію обычному или специально обозначенному въ договорѣ, какъ цѣль, ради достиженія которой договоръ заключается; какъ и въ римскомъ правѣ отвѣтственность здѣсь не безусловная. Отвѣтственность, доходящая до возмѣщенія ущерба, возникаетъ только въ случаѣ злого умысла или спеціального обѣщанія даннаго свойства, въ противномъ случаѣ отвѣтственность продавца приводитъ къ такъ назыв. праву отмѣны, т. е. праву покупателя вернуть товаръ и требовать возвращенія цѣны, или къ пониженію покупной цѣны при оставленіи въ силѣ всѣхъ прочихъ вытекающихъ изъ договора послѣдствій (ср. § 459 сл. гражд. улож.).

О правѣ отмѣны высказывали удивительныя вещи. Съ перваго взгляда можно было-бы допустить, что единокатнымъ своимъ заявленіемъ объ отмѣнѣ покупатель закрѣпляетъ положеніе дѣлъ и не можетъ потомъ болѣе настаивать на исполненіи договора и пониженіи покупной цѣны. На самомъ дѣлѣ мы имѣемъ предъ собою не альтернативное обязательство въ собственномъ смыслѣ, а особое право кредитора, которое характеризуютъ какъ *facultas alternativa*, и въ силу котораго онъ можетъ мѣнять свой выборъ, несмотря на разъ уже сдѣланное заявленіе о желаніи воспользоваться одной изъ открывающихся ему возможностей; положеніе считается закрѣпленнымъ лишь послѣ того, какъ противная сторона заявитъ о своемъ согласіи на отмѣну. Затѣмъ, само собою понятно, что такое закрѣпленіе наступаетъ также въ томъ случаѣ, когда право отмѣны осуществляется искомымъ путемъ; въ этомъ случаѣ переходъ отъ отмѣны къ пониженію цѣны представлялъ-бы собою запрещенное измѣненіе иска въ смыслѣ § 264 уст. гр. судопр., здѣсь закрѣпленіе наступаетъ въ силу процесса. Въмѣсто этого отстаивали слѣдующее удивительное мнѣніе: покупатель долженъ сначала предъявить къ продавцу искъ, въ которомъ онъ требуетъ его согласія на отмѣну, и лишь послѣ того, какъ согласіе можно будетъ считать даннымъ, онъ можетъ требовать обратной выдачи уплаченныхъ денегъ, совершенно неправильная, непрактичная, требующая денегъ и времени конструкція вопроса, способная вызывать за-границей только удивленіе. Что эту точку зрѣнія отстаивали, между прочимъ, практики, показываетъ что не всѣ практики практичны; опытъ съ гражданскимъ уложеніемъ въ особенности показалъ, что среди практиковъ часто вьѣтъ себѣ гнѣздо самая туманная теорія ¹⁾.

¹⁾ Примеры этому Scherer, Das 3 Jahr, стр. 203 сл.

Большое значеніе имѣетъ вопросъ о томъ, приложимы ли эти правила также къ тѣмъ случаямъ, когда предметомъ купли-продажи служатъ вещи, опредѣленные лишь родомъ. Въ пандектномъ правѣ многіе отвѣчали на него отрицательно (между прочимъ Виндшейдъ, Пандекты, § 394) и утверждали, что въ этихъ случаяхъ возможно лишь одно, а именно отклонить, „отбросить“ послѣдовавшее удовлетвореніе, т. е. заявить, что его не считаютъ вовсе удовлетвореніемъ, и требовать новаго. Невѣроятная схоластика! Если-бы нарочно хотѣли придумать невозможный взглядъ на предметъ, то слѣдовало-бы идти этимъ путемъ. Стоитъ представить себѣ слѣдующее: европейскій купецъ заказываетъ въ Нью-Йоркѣ известное количество хлѣба; приходитъ корабль и товаръ оказывается низшаго сорта; если соглашеніе не будетъ достигнуто, покупателю ничего не осталось-бы другого, какъ отослать назадъ товары и требовать новой партіи. Но это могло-бы оказаться для него въ высшей степени гибельнымъ, такъ какъ онъ взялъ на себя множество поставокъ, которыя онъ теперь сумѣетъ выполнить изъ другихъ источниковъ лишь съ величайшими жертвами. Произошло-бы слѣдующее: ему пришлось-бы принять хлѣбъ такимъ, каковъ онъ есть, и о какомъ-либо пониженіи покупной цѣны или о какомъ-либо возмѣщеніи за низшее качество хлѣба не было-бы и рѣчи, между тѣмъ какъ онъ самъ долженъ былъ-бы изъ-за него согласиться на значительныя сбавки цѣнъ своимъ кліентамъ. Но это совершенно неправильный взглядъ. Наоборотъ, само собой понятно, что покупатель можетъ сдѣлать заявленіе, что онъ, правда, принимаетъ хлѣбъ, какъ удовлетвореніе по договору, но удовлетвореніе недостаточное, въ силу чего онъ имѣетъ право на отмѣну договора или пониженіе покупной платы. Конечно въ правѣ отмѣны онъ нуждается не такъ сильно, такъ какъ онъ можетъ отослать товаръ и требовать новаго исполненія; но и оно для него цѣнно, когда онъ не только отвергаетъ товары, но вообще не хочетъ имѣть больше никакихъ сношеній съ продавцомъ, который обошелся съ нимъ такъ дурно, и отказывается отъ дальнѣйшихъ доставокъ. Зато право требовать пониженія цѣны совершенно необходимо для охраны его интересовъ; въ нашемъ случаѣ наиболѣе правильнымъ для него исходомъ будетъ выборъ именно этого права. Такъ разрѣшаетъ вопросъ и § 480 гражд. улож. Конечно за покупателемъ остается также право отослать обратно порочные товары и требовать лучшей поставки, или установить срокъ, послѣ котораго онъ можетъ отступиться

отъ договора, что для него имѣетъ особенное значеніе, когда договоръ устанавливаетъ цѣлый рядъ поставокъ, такъ какъ даетъ возможность за-разъ отступить отъ всѣхъ ихъ ¹⁾, если онѣ составляютъ нѣчто единое. Это право еще потому важно, что въ этомъ случаѣ наряду съ удовлетвореніемъ можетъ ²⁾ быть потребовано возмѣщеніе ущерба, вызваннаго небреженіемъ продавца.

По отношенію къ нѣкоторымъ домашнимъ животнымъ, какъ лошади, ослы, лошаки, свиньи и т. д. удержалась германская система, въ силу которой покупатель можетъ требовать отмѣны договора, но не пониженія покупной цѣны, да и сама отмѣна возможна лишь въ теченіе точно установленныхъ сроковъ и лишь по причинѣ опредѣленныхъ недостатковъ, такъ называемыхъ коренныхъ недостатковъ, которые обнаружатся въ теченіе опредѣленнаго срока, такъ называемаго срока очистки. Съ другой стороны съ отмѣной связывается то преимущество, что она возможна даже въ случаѣ гибели, за которую отвѣчаетъ продавецъ, или отчужденія вещи, причемъ вмѣсто вещи выдается обратно ея стоимость (§ 487 гражд. улож.).

Къ мѣнѣ въ настоящее время вполне примѣняются постановленія о куплѣ (§ 515 гражд. улож.).

2. Дареніе.

§ 71. Дареніе есть сдѣлка не оборота, а бытовой этической жизни. Она лишь косвенно касается оборота, поскольку иногда дарятъ, чтобы получить обратный подарокъ или пытаются путемъ даренія пріобрѣсти выгоды; но подобныя даренія не характерны и не могутъ играть руководящей роли при обсужденіи института. Затѣмъ бываютъ случаи, когда дареніе, оставаясь, правда, юридически непринудительнымъ, такъ настоятельно необходимо съ точки зрѣнія житейскихъ отношеній, что тотъ, кто отъ него уклонится, потеряетъ въ общественномъ мнѣніи и оцѣнкѣ. Съ точки зрѣнія строгаго права эти случаи также представляютъ собою дареніе, но это дареніе особаго рода, болѣе близкое къ оборотнымъ сдѣлкамъ, и въ силу этого не подлежитъ, согласно §§ 534, 1446, 1641,

¹⁾ Ср. рѣш. рейсхгер. 17 декабря 1901 г. у Scherer, das 3 Jahr, стр. 194 брауншвг. оберландсгер., 27 іюня 1901 г., Seuffert, 57, стр. 129, дрезденскій оберландсгер., 3 декабря 1901 г., Mugdan, IV, стр. 224.

²⁾ Примѣры у Scherer, das 3 Jahr, стр. 201.

1804, 2205, 2330 гражд. улож. (§ 32 п. 1 уст. конкур., § 3 п. 3 закона объ оспариваніи), нѣкоторымъ весьма важнымъ постановленіямъ, касающимся даренія. Характерны же тѣ даренія, которыя исходятъ изъ чувства благоволенія и соответствуютъ сердечному влеченію предоставить другому кое-что изъ своего имущества и поддержать его въ житейской борьбѣ. Изъ этого характера даренія вытекаетъ само собой, что, хотя эта сдѣлка дѣловой своей стороной втягивается въ оборотъ и потому подлежитъ юридическому принужденію, она все-же должна быть рассмотрѣна съ особой точки зрѣнія; вѣкогда не слѣдуетъ совершенно забывать, что она возникла изъ противоположной обороту сферы любви; мѣры, допустимыя по отношенію къ дарителю, должны быть мягче, чѣмъ мѣры допустимыя по отношенію къ другому должнику.

Дареніе впрочемъ не есть единственный видъ распоряженій, основанныхъ на щедрости. Основанное на щедрости распоряженіе можетъ также послѣдовать въ ожиданіи смерти; и между живыми бываютъ проявленія щедрости, которыя однако не суть даренія, какъ напр. основаніе разнаго рода учреждений. Въ этомъ случаѣ создается юридическое лицо, и ему предоставляется имущество, но это совершается не путемъ даренія, а совсѣмъ особой юридической сдѣлкой, подлежащей особымъ правиламъ.

Однимъ изъ самыхъ основныхъ вопросовъ, касающихся права даренія, является вопросъ о договорной природѣ даренія. Подобно большинству теоретическихъ вопросовъ онъ удачно рѣшенъ въ гражданскомъ уложеніи. Какъ доводъ противъ договорнаго характера даренія выставляли тотъ фактъ, что перѣдко предоставленія дѣлаются безъ вѣдома и воли одаряемаго, когда напр. уплачиваются его долги, производятся расходы на его вещи или ему другимъ способомъ доставляется обогащеніе. Это признаетъ также гражданское уложеніе, но съ слѣдующимъ добавленіемъ: нѣтъ даренія, если одаряемый не принимаетъ обогащенія, а наоборотъ, отклоняетъ его отъ себя. Если онъ его отклоняетъ, то конкретное обогащеніе, какъ таковое, продолжаетъ, конечно, существовать; но такъ какъ основы, т. е. сдѣлки даренія, нѣтъ, то обогащеніе превращается въ неправомѣрное, и даритель можетъ требовать обратной его выдачи путемъ исковъ, вытекающихъ изъ неправомѣрнаго обогащенія. Поэтому обогащенный можетъ по собственной инициативѣ выдать обогащеніе, и если даритель его не принимаетъ, то онъ совершаетъ просрочку принятія того удовлетворенія котораго онъ можетъ добиваться своими исками. Это единственно пра-

вильная точка зрѣнія; ибо слѣдуетъ признать, что дареніе нельзя никому навязывать: стоитъ вспомнить приведенный выше случай, когда напр. судья, за которымъ числятся нѣкоторые долги, вдругъ получаетъ отъ ведущаго предъ нимъ тяжбу лица письмо, въ которомъ это лицо извѣщаетъ его, что оно уплатило его долги; это могло бы навлечь на судью подозрѣніе въ подкупѣ. Если обогащеніе выговорено въ договорѣ въ пользу третьяго лица (въ пользу обогащаемаго), то обогащаемый можетъ отказаться отъ вытекающихъ для него изъ договора правъ и въ этомъ случаѣ право считается непріобрѣтеннымъ (§ 333 гражд. улож.). Здѣсь предоставленіе непосредственно дѣлается недѣйствительнымъ; тѣмъ болѣе понятно, что оно недѣйствительно, когда даритель долженъ совершить дареніе путемъ вещныхъ передачъ или общаній, а другой отказывается отъ содѣйствующей дѣятельности (ср. § 516 гражд. улож.).

Съ другой стороны конструкція даренія въ гражданскомъ уложеніи вызываетъ справедливыя сомнѣнія. Уложеніе различаетъ лишь наличныя даренія и дарственные общанія, но не крупныя и мелкія даренія. Для наличнаго даренія не требуется никакой формы, хотя бы предметомъ его была очень крупная сумма; наоборотъ, дарственное общаніе должно быть облечено въ форму судебного или нотаріальнаго акта, и это даже въ томъ случаѣ, когда предметомъ общанія служитъ нѣчто очень маленькое. Нѣтъ, конечно, спора, что человѣкъ гораздо болѣе склоненъ общаться, чѣмъ давать; однако съ одной стороны и общаніе можетъ быть очень маленькое, а съ другой стороны передача также можетъ быть совершена подъ вліяніемъ минутнаго побужденія, которое совершенно противорѣчитъ обычному душевному складу человѣка. А между тѣмъ всегда нехорошо, когда кто-либо дѣлается жертвой минутнаго каприза. Я поэтому предпочитаю правило пандектнаго права, что по крайней мѣрѣ даренія очень высокихъ суммъ во всякомъ случаѣ должны быть сдѣланы формально, и не думаю, чтобы наше правовое состояніе много выиграло отъ нововведенія гражданскаго уложенія (§ 518).

Слѣдуетъ, однако, признать, что въ другихъ отношеніяхъ законъ обходится съ дарителемъ кротко и бережливо, въ частности предоставляетъ ему право бѣдности—и это въ размѣрѣ соответствующаго его общественному положенію образа жизни,—освобождаетъ его отъ обязанности платить проценты въ случаѣ просрочки исполненія по взятому имъ на себя обязательству, и дѣ-

лаетъ его отвѣтственнымъ лишь за умыселъ и грубую вину, послѣднее въ томъ случаѣ, когда дѣло идетъ о дарственномъ общеніи; если же дѣло идетъ о наличномъ дареніи, то онъ отвѣчаетъ за фактическіе и юридическіе недостатки вещи лишь въ случаѣ злого умысла. Но и въ отношеніи дарственного общенія онъ отвѣчаетъ за грубое небреженіе лишь тогда, когда предметъ общенія была вещь, опредѣленная только родомъ, и онъ, стремясь исполнить свое обязательство, досталъ предметъ, обладающій пороками; за фактическіе недостатки вещи онъ отвѣчаетъ лишь при условіи грубаго небреженія и только въ этомъ случаѣ онъ обязанъ выдать вмѣсто подаренной вещи другую (ср. §§ 519, 521 сл. гражд. улож.).

Въ правѣ старыхъ законодательствъ дареніе стояло на очень зыбкой почвѣ. Теперь этого болѣе нѣтъ; какъ общее правило, даритель связанъ. Но и современное право знаетъ возможность послѣдующаго возвращенія подареннаго и отмѣны даренія. Подаренное возвращается, если даритель попадаетъ въ трудное положеніе и покрайней мѣрѣ настолько теряетъ въ своемъ богатствѣ, что уже не можетъ болѣе вести соответствующій его общественному положенію образъ жизни. Въ этомъ случаѣ даритель можетъ требовать возвращенія дара по началамъ обогащенія: *causa finita*, причемъ одаренный можетъ отклонить его требованіе путемъ уплаты необходимой для его существованія ренты. Основаніе слѣдующее: подобно тому какъ въ моментъ даренія щедрость дарителя не должна повлечь за собой его бѣдности, если онъ общалъ больше, чѣмъ это позволяетъ его состояніе, точно также она и позднѣе не должна быть причиной его обнищанія. Конечно, это право чисто личное и не можетъ быть осуществляемо ни наслѣдниками, ни кредиторами, уже по одному тому, что по отношенію къ этимъ лицамъ не можетъ быть рѣчи о доставленіи содержанія.

Здѣсь подаренное возвращается по хозяйственнымъ мотивамъ. Право отмѣны даренія покоится на этическихъ основаніяхъ, когда между дарителемъ и одареннымъ, по винѣ одареннаго и противъ дарителя, возникаютъ такіе столкновенія, что дальнѣйшее существованіе даренія не соответствуетъ болѣе присущему даренію характеру благоволенія. Въ этомъ случаѣ даритель имѣетъ право отмѣны, но опять таки лишь онъ, и, въ видѣ исключенія, его наслѣдники, но не кредиторы. Съ отмѣной наступаетъ право возвращенія подареннаго: съ этого времени выданное становится неправомѣрнымъ обогащеніемъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ появляется основа

для существующихъ изъ неправоу́мнaго обогащенiя искомъ; съ отмѣной, но не до нея: до отмѣны предложенiе одареннаго выдать обратно даръ дарителю не ставитъ послѣдняго въ просрочку прiнiятiя, если онъ дара не принимаетъ (§ 528 сл. гражд. улож.).

б) Сдѣлки по обмѣну силами и услугами.

1. Наемъ и аренда.

§ 72. Благодаря договору найма возникаетъ юридическое отношенiе, которое получаетъ своеобразную конструкцiю въ формѣ отношенiя найма. Двустороннiй характеръ договора сказывается не только въ моментъ его заключенiя, но и во все время его существованiя. Каждая сторона обязывается поэтому не просто прилагать заботливость, а отвѣчаетъ прямо за результатъ: наймодатель получаетъ плату лишь за результатъ. Кромѣ того нанимателю при всякихъ обстоятельствахъ должно быть обезпечено возмѣщенiе ущерба, вызваннаго небреженiемъ или просрочкой наймодателя или недостатками отданной въ наемъ вещи, если они существовали уже въ моментъ заключенiя договора; въ послѣднемъ случаѣ отвѣтственность наймодателя идетъ дальше, чѣмъ отвѣтственность продавца (ср. 537, 538 гражд. улож.).

Длительный характеръ юридическаго отношенiя найма сказывается еще въ томъ, что наймодатель не можетъ ограничиться передачей нанимателю отдаваемой въ наемъ вещи и затѣмъ предоставить его судьбѣ, какъ это напр. можетъ сдѣлать собственникъ съ пользователемъ; напротивъ, онъ долженъ быть на сторожѣ съ начала и до конца; онъ долженъ заботиться, чтобы у нанимателя была и оставалась возможность пользоваться вещью, и въ этомъ отношенiи на немъ лежитъ больше, чѣмъ на участникѣ въ другихъ обязательствахъ двусторонняго характера: наймодателю не просто предстоитъ вычесть изъ наемной платы; онъ отвѣчаетъ подъ угрозой возмѣщенiя ущерба и за то, что будутъ приняты необходимыя мѣры и въ частности будетъ произведенъ нужный ремонтъ. Отношенiе найма отличается еще слѣдующей особенностью: если наниматель не получаетъ надлежащаго удовлетворенiя, то онъ не обязанъ ждать, пока ему не предоставятъ нанятой вещи въ удовлетворительномъ состоянiи, и считать себя связаннымъ въ будущемъ, если за слѣдующее время въ его пользу будетъ наконецъ учинено надлежащее удовлетворенiе. Это противорѣчило-бы

единству всего отношенія; нельзя забывать, что удовлетворяемая наймомъ потребность носить длящійся характеръ, и что интересы нанимателя будутъ обезпечены лишь при томъ условіи, что у него будетъ возможность постояннаго пользованія вещью. Поэтому наниматель можетъ въ этомъ случаѣ не только отказаться платить за это время условленную плату, но совсѣмъ отступить отъ договора и искать другого способа удовлетворить свои потребности, если препятствіе не будетъ устранено въ установленный соотвѣтствующій срокъ (ср. §§ 538, 541, 542 гражд. улож.).

Необходимостью обезпечить для нанимателя непрерывающееся пользованіе вещью объясняется и то правило, что въ случаѣ отчужденія вещи отношеніе найма можетъ продолжаться съ пріобрѣтателемъ. Правило это имѣетъ силу, когда предметомъ найма служатъ земельные участки, жилия и прочія помѣщенія. Пріобрѣтатель становится тогда наймодателемъ: онъ вполнѣ вступаетъ въ права и обязанности прежняго наймодателя, а прежній наймодатель продолжаетъ нести отвѣтственность въ качествѣ поручителя, но лишь въ первое время, ибо разъ наниматель не пріобрѣтаетъ теперь къ существующему у него праву отказа, то слѣдуетъ допустить, что онъ съ настоящаго момента доволенъ своимъ новымъ хозяиномъ. Право на наемную плату принадлежитъ въ этомъ случаѣ уже не прежнему наймодателю, а его преемнику: этотъ послѣдній пріобрѣтаетъ право требованія самостоятельно, а не какъ цессіонарій прежняго наймодателя; онъ вступаетъ не въ права на будущую плату, а въ отношеніе найма, изъ котораго эти права вытекаютъ. Ему поэтому нѣтъ нужды считаться съ платежами и возраженіями, которыя существовали противъ лица его предшественника, такъ какъ они дѣйствуютъ лишь на то время, когда отношеніе найма было отношеніемъ предшественника. Однако законъ вполнѣ правильно дѣлаетъ исключеніе для наемной платы за текущую и ближайшую календарную четверть года; для этого времени прежній наймодатель все еще считается управомоченнымъ, а пріобрѣтатель его простымъ правопреемникомъ. Это имѣетъ за собой полное основаніе; ибо съ одной стороны переходъ отношенія найма на пріобрѣтателя участка требуетъ, чтобы пріобрѣтатель могъ за время своего владѣнія участкомъ по возможности неограниченно пользоваться выгодами, какія даетъ существованіе договора найма; съ другой стороны было-бы вредно для хозяйства не дать возможности уплаты на короткій срокъ впередъ. Нерѣдко предварительное внесеніе наемной платы оговаривается въ договорѣ, такъ что въ

началѣ четверти года весь срокъ уже покрытъ. Если теперь это предварительное внесеніе наемной платы послѣдуетъ только однимъ днемъ раньше, то, въ случаѣ наступленія преемства въ правахъ на отданную въ наемъ вещь, наниматель оказался-бы въ большомъ затрудненіи, такъ какъ ему грозилъ-бы вторичный платежъ. Этимъ объясняется постановленіе, что наниматель можетъ внести деньги не только за текущую, но и за ближайшую календарную четверть года. Къ тому-же это не можетъ служить большимъ затрудненіемъ и для приобретателя; такъ какъ онъ можетъ освѣдомиться, вносится-ли наемная плата до или послѣ истеченія срока. Такимъ образомъ обезпечиваются интересы нанимателя и создается возможность безпрепятственного обращенія участковъ при сохраненіи въ силѣ наемныхъ отношеній. Тутъ дѣйствуютъ тѣ-же соображенія, какъ прежде въ отношеніяхъ между нанимателемъ и наймодателемъ съ одной стороны и ипотечнымъ кредиторомъ съ другой (§ 571 сл. гражд. улож. ¹⁾).

Отношеніе найма носить временный характеръ; его продолжительность или опредѣляется точнымъ срокомъ или оно устанавливается на неопредѣленное время; въ послѣднемъ случаѣ отношеніе прекращается путемъ односторонняго предупрежденія каждой стороны о прекращеніи ею найма, такъ назыв. отказа. О срокахъ, въ которые допускаются отказы, гражданское уложеніе даетъ въ §§ 564 сл. особые постановленія. Оно вполне правильно ставитъ ихъ въ зависимость отъ того, вносится ли наемная плата по четвертямъ года, помѣсячно, еженедѣльно или ежедневно, и затѣмъ направляетъ свои стремленія къ тому, чтобы окончаніе найма земельныхъ участковъ и помѣщеній, преимущественно жилыхъ, всегда происходило лишь въ концѣ календарнаго періода. Это имѣетъ большое социальное значеніе, такъ какъ этимъ массовое окончаніе договоровъ найма приурочивается къ одному и тому-же дню; отсюда вытекаетъ большая вѣроятность, что наймодатель тотчасъ снова найдетъ нанимателя, а наниматель наймодателя. По отношенію къ движимымъ вещамъ потребность эта не такъ велика, и потому предупрежденіе объ отказѣ отъ найма движимыхъ вещей можетъ быть сдѣлано въ любой день, но непременно за три дня впередъ.

¹⁾ § 573 относится конечно и къ тому случаю, когда какой-нибудь кредиторъ обращаетъ понудительное взысканіе на плату за первую и вторую четверти года, Дрезденск. оберландсгерихтъ 30 декабря 1901, *Mugdan IV* стр. 229, другія рѣшенія у *Scheger, Das dritte Jahr*, стр. 227.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодательство даетъ чрезвычайное право отказа, причемъ даже не требуется предварительнаго его заявленія, такъ какъ дѣйствіе такого отказа начинается съ самой минуты его заявленія. Право такого отказа имѣетъ наниматель въ вышеприведенномъ случаѣ, когда нанятая имъ вещь не предоставляется въ его распоряженіе въ годномъ къ употребленію видѣ и недостатокъ не будетъ устраненъ въ соотвѣтствующій срокъ, затѣмъ когда наниматель упорно, несмотря на предупрежденіе, злоупотребляетъ данной ему въ наемъ вещью, или два раза подрядъ просрочить внесеніе наемной платы (§§ 553, 554 гражд. улож.).

Въ другомъ рядѣ случаевъ законъ даетъ каждой сторонѣ право отказа, причемъ требуется соблюденіе срока, установленнаго закономъ для предупрежденія о немъ противной стороны; это значитъ: черезъ извѣстный срокъ, который законъ считаетъ достаточнымъ, каждая сторона можетъ отказаться отъ продолженія отношенія найма, независимо отъ того, на какой срокъ оно было установлено въ договорѣ. Другими словами, каждая сторона можетъ въ этомъ случаѣ нарушить твердое соглашеніе. Это, во-первыхъ, возможно, когда договоръ найма установленъ на слишкомъ долгое время: онъ не долженъ длиться болѣе 30 лѣтъ; послѣ 30 лѣтъ отъ него можно отказаться съ соблюденіемъ срока, установленнаго закономъ для предварительнаго о томъ заявленія. Кромѣ того каждая сторона имѣетъ право отказа въ случаѣ смерти нанимателя и, наконецъ, чиновникъ можетъ отказаться отъ продолженія договора найма на помѣщенія, которыя служатъ ему и его семейству, если его переводятъ въ новое мѣсто. Такое-же право отказа имѣетъ пріобрѣтатель вещи, принудительно проданной съ публичнаго аукціона; въ этомъ случаѣ пріобрѣтатель вещи долженъ терпѣть нанимателя, но также имѣетъ право отказа, съ соблюденіемъ, однако, срока, установленнаго закономъ для предварительнаго о немъ заявленія. Сюда относятся еще нѣсколько другихъ случаевъ, напр., когда пользователецъ отдалъ вещь въ наемъ на срокъ болѣе, чѣмъ срокъ дѣйствія пользованія; когда вещь обратно переходитъ къ собственнику, послѣдній также имѣетъ право такого отказа; то же самое относится къ пользователю и прямому наслѣднику (§§ 567, 569, 570, 1056, 1423, 1663, 2135 гражд. улож., § 21 уст. конк.).

Отъ найма существенно отличается во многихъ пунктахъ *аренда*. Въ то время какъ предметомъ найма могутъ служить лишь вещи (движимыя и недвижимыя), арендовать можно и нетѣлесные пред-

меты (напр. изобрѣтенія). По отношенію-же къ вещамъ мы имѣемъ аренду, когда договоромъ устанавливается не простое право пользованія, а предоставляется кромѣ того извлеченіе плодовъ, причемъ во вниманіе принимаются какъ естественные, такъ и юридическіе плоды; такимъ образомъ возможна аренда имѣній, аренда театровъ, торговыхъ предпріятій и желѣзныхъ дорогъ. Къ арендѣ примѣняется много особыхъ постановленій, касающихся въ частности ея продолжительности и права отказа; впрочемъ эти особенности относятся либо къ арендѣ вообще, либо къ арендѣ земельныхъ участковъ (или правъ), либо къ арендѣ сельскохозяйственныхъ участковъ, либо къ арендѣ имѣній (ср. § 581 сл. гражд. улож.).

Затѣмъ различіе между арендой и наймомъ имѣетъ еще большое процессуальное значеніе; въ частности къ арендѣ театральныхъ предпріятій не относится § 23 ц. 2 учр. суд. уст., хотя на этотъ фактъ иногда и не обращали вниманія.

2. Сдѣлки ссуды и поклажи.

§ 73. *Ссуда и поклада* существенно развиты дальше въ духѣ римскаго права, съ тѣмъ отличіемъ, что допускается ссуда и недвижимыхъ вещей, а поклада можетъ быть возмездной; въ этомъ случаѣ поклажеприниматель отвѣчаетъ за всякую вину (§ 690 гражд. улож.). Въ настоящее-же время большое развитіе получила депозитная сдѣлка, *depositum irregulare*, имѣвшая впрочемъ уже въ древности большое распространеніе: даютъ деньги на храненіе банкиру подѣ условіемъ возвращенія не тѣхъ-же самыхъ монетъ, а такой-же ихъ суммы, такъ что банкиръ дѣлается ихъ собственникомъ, и все его обязательство сводится къ обратной выдачѣ извѣстной цѣнности, совершенно такъ-же, какъ при займѣ. Но такъ какъ эта сдѣлка возможна не только съ деньгами, но и съ другими замѣнимыми вещами, а развитіе послѣдняго времени выдвинуло между прочимъ на передній планъ цѣнные бумаги, и прежде всего бумаги на предъявителя, то именно по отношенію къ бумагамъ на предъявителя сдѣлка поклажи получила особенное значеніе. Здѣсь, впрочемъ, дѣла пошли къ большому вреду и ущербу поклажедателей и приняли направленіе, какого не предвидѣли и не желали. Необходимость заботливаго заведыванія бумагами съ ихъ процентными и дивидендными свидѣтельствами и трудности, которыя возникаютъ вслѣдствіе возможности выхода бумагъ въ тиражъ и необходимости предъявленія ихъ по временамъ, вызвали такъ называемый

депозитъ съ правомъ управленія, состоящій въ томъ, что публика передаетъ банкиру бумаги раскрытыми, чтобы онъ могъ совершать всѣ необходимыя для завѣдыванія операціи, такъ что поклажедатель безмятежно пользуется уже одними только плодами дохода. При этихъ-то условіяхъ развился у банкировъ обычай перемѣшивать бумаги между собою, какъ это дѣлаютъ при поклажѣ хлѣба для облегченія управленія. Но это поставило все дѣло на скользкую почву; банкиры стали смотрѣть на такую поклажу какъ на *depositum irregulare* и полагали, что собственность на бумаги переходитъ къ нимъ, а они имѣютъ по отношенію къ своимъ кліентамъ только личное обязательство обратно выдать имъ въ свое время такія же бумаги, и это было тѣмъ опаснѣе, что сдѣлка часто осложнялась коммисіонными порученіями, такъ какъ банкиры брали на себя закупку для своихъ кліентовъ новыхъ бумагъ, на новыя ли сбереженія или взаимѣнь вышедшихъ въ тиражъ. На дѣлѣ они очень часто никакихъ закупокъ не производили, а только обязывались въ пользу своихъ кліентовъ на соотвѣтствующія бумаги. Сначала это казалось весьма удобнымъ, такъ какъ поклажедателю въ концѣ концовъ совершенно безразлично, какихъ номеровъ бумаги онъ въ свое время получить. Но лишь только надъ банкиромъ учреждался конкурсъ, сразу сказывалась подкладка дѣла; ибо теперь уже кліенты являлись только конкурсными кредиторами, между тѣмъ какъ они надѣялись просто вынуть свою собственность; такъ они теряли 70, 80% своего имущества: они его теряли просто въ силу перехода отъ *depositum regulare* къ *irregulare*. Чтобы избѣжать этого тяжкаго положенія, гражданское уложеніе постановляетъ въ § 700, что соглашеніе, въ силу котораго поклажа цѣнныхъ бумагъ превращается въ *depositum irregulare*, должно быть положительно оговорено. Еще дальше идетъ законъ 5 іюля 1896 г., такъ наз. законъ о депозитахъ, который не только требуетъ для такихъ соглашеній письменной формы, но еще устанавливаетъ дальнѣйшія мѣры предосторожности и обязываетъ банкировъ—даже подъ страхомъ штрафа—принимать необходимыя мѣры, чтобы цѣнные бумаги отдѣльныхъ кліентовъ всегда могли быть точно выдѣлены.

Особый видъ *depositum regulare*, получившій въ настоящее время огромнѣйшее значеніе, представляетъ собою наемъ отдѣленія въ помѣщеніи, гдѣ хранятся цѣнности, кладовой, шкафа—договоръ, который перешелъ въ Германію изъ Англіи и здѣсь, между прочимъ подъ вліяніемъ опыта, который публика имѣла съ депозитомъ съ правомъ управленія, быстро пошелъ въ ходъ. Институтъ не

такъ удобенъ, какъ депозитъ съ правомъ управленія, но зато даетъ особыя гарантіи. Среди прикосновенной къ нему публики договоръ обычно слывается подъ названіемъ найма шкафа, и первоначально создается такое представленіе, точно все дѣло въ томъ, что содержащееся въ шкафу пространство нанимается для денежной шкапулки. Однако такое пониманіе не разъясняетъ сущности сдѣлки и только поверхностно затрагиваетъ положеніе дѣла; существенно не то только, что банкъ предоставляетъ своему кліенту въ пользованіе полку своего шкафа, а еще и то, что онъ обязуется хранить все, что будетъ на эту полку положено; онъ обязанъ постоянно прилагать необходимую заботливость, чтобы положенные тамъ предметы не погибли или не пострадали отъ воровъ, огня, воды или какихъ либо другихъ разрушительныхъ элементовъ. Мысль всего этого та, что вещи ввѣрены попеченію банка. Договоръ становится, поэтому, договоромъ поклажи, но не реальнаго, а консенсуальнаго характера, такъ какъ обязательственное отношеніе возникаетъ между обѣими сторонами уже съ момента его заключенія, хотя бы ничего еще въ нанятое отдѣленіе не было положено. Съ другой стороны договоръ устанавливаетъ храненіе не такихъ то и такихъ то предметовъ, а неопредѣленныхъ вещей, какія только поклажедатель положить въ нанятое имъ отдѣленіе. Возможность такого договора поклажи не подлежитъ сомнѣнію: несомнѣнно можно заключить договоръ, въ силу котораго банкъ на извѣстное время обязуется хранить все, что будетъ находиться въ такомъ то помѣщеніи. Положеніе сходно съ тѣмъ, какое создается, когда напр. съ судохозяиномъ заключается договоръ, обязующій его перевезти на своемъ суднѣ все, что будетъ сложено въ извѣстной его части. Подобно тому какъ здѣсь, несмотря на указаніе опредѣленнаго мѣста, договоръ не перестанетъ быть договоромъ перевозки, такъ и договоръ найма шкафа въ банкѣ не перестанетъ быть договоромъ поклажи.

Этому не противорѣчитъ тотъ фактъ, что поклажедатель имѣетъ право принести свои вещи подъ замкомъ; напротивъ, внѣшнимъ признакомъ *depositum regulare* часто служитъ именно то обстоятельство, что вещи передаются не открытыми, а подъ замкомъ.

Затѣмъ слѣдуетъ обратить вниманіе и на то, что поклажедатель можетъ запираетъ въ нанятое имъ помѣщеніе не какія ему вздумается вещи, а только предметы извѣстнаго рода, напр. документы, цѣнные бумаги, драгоценности, что банкъ можетъ это контрлировать, а при извѣстныхъ обстоятельствахъ даже имѣетъ право

самовольно открыть помѣщеніе и взять оттуда хранимыя вещи. Банкъ впрочемъ не долженъ злоупотреблять своимъ правомъ, и часто, въ видѣ мѣры предосторожности, поклажедатель запечатываетъ второй ключъ, имѣющійся у банка, и печать эта можетъ быть сломана только въ исключительныхъ случаяхъ и при особыхъ обстоятельствахъ. Въ такомъ случаѣ владѣльцемъ является банкъ, а поклажедатель пользуется совмѣстнымъ владѣніемъ въ смыслѣ § 1206 гражд. улож.; онъ пользуется совмѣстнымъ владѣніемъ, несмотря на то, что банкъ можетъ по собственному рѣшенію открыть хранилище, такъ какъ это послѣднее дѣйствіе во всякомъ случаѣ является исключительнымъ и аномальнымъ. Поэтому такого совмѣстнаго владѣнія было бы напр. достаточно, чтобы доставить нанимателю хранилища залоговое владѣніе предметами, которые банкъ захотѣлъ бы ему заложить. Съ другой стороны его достаточно также для того, чтобы сдѣлать банкъ владѣльцемъ и доставить ему и сохранить за нимъ залоговое право и право удержанія на принесенные поклажедателемъ предметы, что конечно имѣетъ еще большую важность, чѣмъ предыдущее, ибо рѣдко представится случай, чтобы банкъ былъ залоговымъ должникомъ нанимателя помѣщенія, и очень часто имѣетъ мѣсто обратное. Можно даже считать обычнымъ явленіемъ, что банкъ получаетъ за всѣ свои притязанія къ нанимателю помѣщенія залоговое право на принесенныя имъ вещи, конечно до тѣхъ поръ, пока онъ въ банкѣ остаются и изъ него не уносятся.

3. Договоръ личныхъ услугъ.

§ 74. *Договоръ личныхъ услугъ* или *рабочій договоръ* въ гражданскомъ уложеніи совершенно правильно выдѣленъ изъ общихъ постановленій о наймѣ. Уже само названіе его въ римскомъ правѣ—*locatio conductio operarum*—указываетъ на систему, приноровленную къ условіямъ, когда отдавались и нанимались въ работу главнымъ образомъ рабы. Подобно тому какъ рабовъ продавали, ихъ также отдавали въ наемъ; это общая практика всѣхъ рабовладѣльческихъ государствъ. Такимъ образомъ отдавались въ наемъ и подвластные дѣти, а когда социальныя отношенія привели къ тому, что свободные люди сами стали отдавать себя въ работу, то это совершалось по началамъ, установленнымъ для работы рабовъ.

Такая система конечно болѣе не пригодна для социальныхъ отношеній новаго времени. Договоръ личныхъ услугъ есть дого-

воръ о свободной человѣческой работѣ; здѣсь на первый планъ выступаетъ дѣятельность свободныхъ людей со всей ея важностью и значеніемъ для человѣческаго рода.

Поэтому нашъ законъ не дѣлаетъ больше различія между ремесленными и неремесленными работами. Между этими двумя видами работы нѣкоторое отличіе, конечно, есть; ремесленные работы суть тѣ, которыя, по нашимъ народнымъ воззрѣніямъ, могутъ быть измѣрены на деньги. Противоположностью имъ является дѣятельность, которая намъ кажется настолько высокою, что оплата ея деньгами представляется невозможной. Несмотря на это, при ней также возможенъ договоръ личныхъ услугъ; ибо за то, что не можетъ быть исполнѣ переведено на деньги, можно предложить любую плату въ зависимости отъ потребностей жизни, которыя духовному работнику также приходится удовлетворять.

Большое значеніе имѣетъ правило, что вездѣ, гдѣ работы производятся въ помѣщеніяхъ или съ инструментами работодателя, послѣдній обязанъ позаботиться, чтобы были приняты всѣ мѣры, необходимыя для здоровья, поддержанія жизни, нравственности. Правило это принадлежитъ къ числу постановленій соціального характера, о которыхъ уже было говорено выше. Въ частности оно относится также къ желѣзнымъ дорогамъ, строительнымъ сооружениямъ и т. д.

Особыя отношенія возникаютъ, когда между служащимъ и работодателемъ устанавливается домашняя общность; въ этомъ случаѣ домашнія помѣщенія также должны удовлетворять соотвѣтствующимъ требованіямъ, слѣдовательно такъ устроены, чтобы были обезпечены жизнь, здоровье, нравственность. Здѣсь даже дѣйствуетъ постановленіе, что при болѣзни работнику въ теченіе опредѣленнаго времени (6 недѣль) должны быть оказаны уходъ и врачебная помощь (§ 617).

Отношеніе, устанавливаемое договоромъ личныхъ услугъ, носитъ временный характеръ. Было уже указано, что дѣйствіе его не можетъ продолжаться болѣе пяти лѣтъ, и что по истеченіи этого срока служащій имѣетъ право отказа. А затѣмъ, продолжительность договора опредѣляется по той же системѣ, какая принята для найма, именно, въ случаѣ сомнѣнія, сроки, на которые допускается отказъ, опредѣляются способомъ уплаты вознагражденія, такъ что стороны могутъ заявить другъ другу о прекращеніи отношенія на ближайшій день, недѣлю, мѣсяцъ, четверть года, причемъ счетъ ведется по календарнымъ недѣлямъ,

календарнымъ мѣсяцамъ и календарнымъ четвертямъ года. Самый отказъ подлежить тѣмъ же правиламъ, какъ при наймѣ имуще-ства; только заявленіе объ отказѣ на ближайшую четверть года должно быть сдѣлано за 6 недѣль до ея наступленія (§ 620 сл. гражд. улож.).

Вознагражденіе уплачивается за услуги; однако, несмотря на это, въ случаѣ короткаго перерыва (не могущаго быть поставлен-нымъ въ вину) вознагражденіе должно быть уплачено цѣликомъ (§ 616 гражд. улож.); сюда въ частности относится перерывъ для военныхъ упражненій (не свыше 8 недѣль, см. торг. улож. § 72 п. 3).

Особыя начала примѣняются при договорѣ услугъ, имѣющихъ характеръ исполненія *порученія* (мандата). Возникающія здѣсь отношенія раньше опредѣлялись правилами, установленными для мандата, и потому, на основаніи римскаго ученія о мандатѣ, подлежали праву свободнаго отказа обѣихъ сторонъ. Внутренняя основа этого права отказа лежала по римскому праву въ томъ, что услуги считались безвозмездными, и возможное вознагражденіе имѣло силу не гражданскаго обязательства, а взыскивалось лишь *extra ordinem*. У насъ право свободнаго отказа сохранили для такихъ случаевъ, когда съ одной стороны служащій не пользуется опредѣленнымъ окладомъ жалованья и получаетъ вознагражденіе въ зависимости отъ дѣйствительныхъ своихъ услугъ, а, съ другой стороны, оказываютъ услуги настолько квалифицированнаго характера, что исполненіе ихъ требуетъ въ то же время особаго довѣрія. Сюда, между прочимъ, относятся услуги присяжнаго повѣреннаго и врача, обоеихъ, если они не были приглашены на точно установленный періодъ времени. Здѣсь чрезвычайно важно, чтобы ни одна сторона не была связана, если она не имѣетъ больше къ другой сторонѣ довѣрія или если она напр. чувствуетъ, что довѣріе къ ней другой стороны исчезло; и такъ какъ это дѣло больше чувства, чѣмъ объективнаго знанія и объективнаго доказательства, то ничего не оставалось больше, какъ объявить право отказа совершенно свободнымъ. Вознагражденіе опредѣляется тогда размѣромъ оказанныхъ услугъ, причемъ, однако, слѣдуетъ обратить вниманіе на тотъ фактъ, что иногда оказанныя прежде услуги носятъ настолько отрывочный характеръ, что сами по себѣ не представляютъ никакой цѣнности, а продолженіе ихъ со стороны другого можетъ оказаться совершенно невозможнымъ, такъ какъ другой работаетъ по другой системѣ: стоитъ вспомнить случай, когда врачъ начинаетъ леченіе по какой либо методѣ, леченіе обрывается, а его приемъ

никъ примѣняетъ совсѣмъ другіе способы. Здѣсь будетъ вопросомъ каждаго отдѣльнаго случая, полагается ли вознагражденіе, а если полагается, то какое именно. § 628 гражд. улож. постановляетъ, что если служащій самъ прекращаетъ отношеніе, не будучи къ тому вызванъ противорѣчащимъ договору поведеніемъ другой стороны, то онъ не можетъ требовать никакого вознагражденія. Однако это слѣдуетъ понимать съ извѣстными оговорками.

Особымъ видомъ договора личныхъ услугъ служить также договоръ, въ силу котораго на кого либо возлагается попеченіе о чужихъ дѣлахъ; но попеченіе о чужихъ дѣлахъ есть дѣятельность, состоящая въ юридическихъ дѣйствіяхъ или приготовленіяхъ къ юридическимъ дѣйствіямъ. Тутъ появляются особенности, какъ напр. представленіе отчетовъ, передача взысканныхъ денегъ и т. д. (§ 675, 665 сл. гражд. улож.).

§ 75. Особымъ видомъ договора личныхъ услугъ служить *театральный ангажементъ*, т. е. договоръ съ артистомъ по его специальности, обязующій его въ теченіе извѣстнаго времени выступать въ драматическихъ роляхъ. Этотъ договоръ имѣетъ много своеобразнаго. Въ возрѣніяхъ заинтересованныхъ круговъ и установившейся практикѣ отношеніе приняло такія формы, что актеръ не только обязанъ, но въ извѣстномъ смыслѣ имѣетъ право играть, и въ частности получаетъ право выступать сообразно потребности и справедливости, въ зависимости отъ подлежащихъ исполненію пьесъ и его главныхъ ролей; и это даже когда онъ не имѣетъ никакого права на гонораръ за игру, т. е. матеріально нисколько не заинтересованъ въ каждомъ выступленіи; въ противномъ случаѣ его интересъ и право на выступленіе становятся еще болѣе крѣпкими. Эти своеобразныя особенности договора личныхъ услугъ стоятъ въ извѣстной параллели къ нѣкоторымъ формамъ аренды. Именно, бываютъ случаи, когда арендаторъ, въ видѣ исключенія, не только имѣетъ право пользоваться взятой въ аренду вещью, но еще несетъ на себѣ обязанность извѣстнаго правильнаго и соотвѣтствующаго назначенію вещи пользованія, напр., когда въ аренду берется хозяйство, аптека, театръ или другое подобное предпріятіе: если арендаторъ не будетъ осуществлять своихъ правъ, предпріятіе остановится, потеряетъ кругъ своихъ покупателей и кліентовъ, и въ концѣ аренднаго срока окажется обезцѣненнымъ. При арендѣ сада арендаторъ также обязанъ, если и не пользоваться имъ, то хоть поддерживать его культуру; онъ не долженъ давать растеніямъ засохнуть и т. д. Подобнымъ же образомъ театраль-

ный предприниматель не только имѣть право заставлять артиста выходить, но въ извѣстномъ смыслѣ даже обязанъ дать его дѣятельности просторъ для развитія.

Ближайшее содержаніе договора ангажемента составляетъ указаніе ролей или рода ролей, въ которыхъ долженъ выступать соотвѣтствующій актеръ. Очень часто актеръ общаются такія то роли, но въ случаѣ сомнѣнія подобное обѣщаніе слѣдуетъ понимать не въ томъ смыслѣ, что одинъ только этотъ актеръ имѣетъ на нихъ право, а въ томъ, что онъ можетъ претендовать на нихъ, когда это позволяютъ обстоятельства; ибо очень часто въ интересахъ театральной администраціи, когда только возможно, показывать всякую роль въ двоякой обстановкѣ, чтобы доставить публикѣ разнообразіе и разностороннее исполненіе. Само собой понятно, что актеръ не обязанъ играть все, что ему преподносятъ, хотя бы это не выходило за предѣлы его спеціальныхъ ролей; вопросъ этотъ рѣшается въ зависимости отъ потребностей театра и установившихся среди артистовъ воззрѣній, въ частности когда напр. актеръ, или актриса стали бы уклоняться отъ выступленія въ какой либо роли изъ за недостаточно красиваго костюма, или опасностей, которыя связаны съ ея исполненіемъ.

Затѣмъ правила гражданскаго уложенія о прекращеніи договора личныхъ услугъ не могутъ здѣсь имѣть непосредственнаго примѣненія; но и здѣсь слѣдуетъ сказать, что каждая сторона имѣетъ по уважительнымъ причинамъ право отказа. Подъ уважительными причинами подразумѣваются не только вина противной стороны, но и просто несчастные случаи, когда напр. актеръ теряетъ голосъ или силу настроенія, которое необходимо для проведенія извѣстныхъ ролей.

4. Договоръ подряда.

§ 76. Договоръ *подряда* отличается отъ договора личныхъ услугъ тѣмъ, что предметомъ его служить не работа, а *результатъ работы*. Это не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній, когда результатъ состоитъ исключительно изъ работы; но когда результатомъ работы является нѣчто тѣлесное, и для достиженія его нуженъ еще матеріалъ, то различаютъ слѣдующее: если работникъ доставляетъ весь матеріалъ или главные его части, то тогда мы имѣемъ предъ собой не договоръ подряда, а куплю будущей вещи, такъ какъ вещь должна быть изготовлена лишь съ той цѣлью,

чтобы въ будущемъ перейти въ собственность другого; не то, когда предприниматель матеріала не доставляетъ или доставляетъ лишь прикладъ къ нему, напр. въ томъ случаѣ, когда заказчикъ даетъ свой матеріалъ. Если дѣло идетъ о работахъ, создающихъ недвижимость, то вопросъ рѣшается въ зависимости отъ того, кто даетъ почву; остальное считается прикладомъ; поэтому считается договоромъ подряда, когда заказчикъ даетъ землю, а архитекторъ строить домъ изъ своихъ матеріаловъ. Однако не слѣдуетъ придавать чрезмѣрнаго значенія этому различію между договорами купли и подряда; въ частности ко всему, что касается неудовлетворительности исполненія, примѣняются начала не купли, а подряда, такъ какъ здѣсь въ полной мѣрѣ имѣются тѣ основанія, которыя обусловливаютъ отличную отъ купли конструкцію подряда.

А основанія эти слѣдующія: если такъ называемый подрядчикъ (тотъ, кто обязанъ выполнить подрядъ) еще только долженъ изготовить вещь, то въ случаѣ ея неудовлетворительности естественнѣе всего будетъ сначала возложить на него обязанность ея улучшенія и только затѣмъ возможна будетъ рѣчь объ отмѣнѣ или пониженіи платы. Такъ рѣшаетъ вопросъ и гражданское уложеніе: сначала подрядчикъ имѣетъ право и несетъ обязанность уничтожить недостатокъ, развѣ только это окажется возможнымъ лишь путемъ несоразмѣрныхъ затратъ. Если онъ уклоняется отъ такого улучшенія, то заказчикъ можетъ его къ тому принудить обычнымъ путемъ; но заказчикъ кромѣ того имѣетъ право назначить срокъ съ указаніемъ, что по истеченіи срока онъ не приметъ улучшенія; и если срокъ пройдетъ напрасно, то тогда, какъ и при куплѣ, наступаетъ возможность отмѣны или пониженія платы и, такъ-же какъ при куплѣ, эти послѣдствія не зависятъ отъ вины; въ случаѣ вины можно конечно требовать возмѣщенія ущерба по общимъ началамъ (§ 633 сл. гражд. улож.).

Кромѣ того, другимъ началомъ, чѣмъ при куплѣ, подлежитъ случай, когда подрядчикъ не исполняетъ своевременно заказа. При нашемъ договорѣ важно, чтобы подрядъ былъ готовъ въ пріемный срокъ и этимъ онъ отличается отъ договора купли уже изготовленной вещи: при такой куплѣ вещь или вовсе не существуетъ,—тогда исполненіе невозможно; или она существуетъ, но недостижима для продавца,—и тогда онъ обязанъ возмѣстить ущербъ, такъ какъ онъ отвѣчаетъ, если исполненіе для него непосильно. Для подрядчика же наступившая во время работы непосильность исполненія служить извиняющимъ моментомъ, который освобождаетъ

его отъ обязанности возмѣщенія ущерба; но за то заказчикъ можетъ въ этомъ случаѣ отступить отъ договора, такъ какъ запоздавшій результатъ не есть уже нужный результатъ; на этомъ основано постановленіе, что заказчикъ можетъ дать подрядчику срокъ, по истеченіи котораго онъ имѣетъ право отступить отъ договора (§ 636 гражд. улож.).

Во всѣхъ этихъ отношеніяхъ съ договоромъ подряда схожъ *издательскій договоръ*. Если авторъ обязуется доставить будущее произведеніе, то издательскій договоръ также касается вопросовъ, которые лежатъ въ будущемъ, и для издателя также важно своевременно получить исполненіе. Поэтому въ случаѣ неудовлетворительности исполненія, здѣсь также можно сначала требовать уничтоженія недостатковъ, а если исполненіе запаздываетъ, то издатель имѣетъ право установить срокъ съ указаніемъ, что по истеченіи срока онъ не приметъ исполненія. Все это и здѣсь возможно независимо отъ вины. Въ случаѣ вины или въ случаѣ, когда тотъ, на комъ лежитъ исполненіе, отвѣчаетъ за опозданіе (просрочка), можно требовать возмѣщенія ущерба. Это положительно высказано въ новомъ издательскомъ законѣ 19 іюня 1901, § 30 и 31. Напротивъ существеннымъ отличіемъ издательскаго договора отъ договора подряда служитъ характеръ обязанностей издателя, который беретъ на себя не только уплату возможнаго гонорара, но между прочимъ еще обязанъ оказать авторскому произведенію извѣстное вниманіе, размножать и распространять его, о чемъ уже была рѣчь въ ученіи объ авторскомъ правѣ.

Особыя явленія наступаютъ, когда заказчикъ какого-либо подряда совершаетъ просрочку принятія; онъ имѣетъ на это право: онъ въ любое время можетъ заявить, что не хочетъ болѣе принимать подрядъ. Слѣдствіе будетъ то, что противная сторона съ настоящаго момента освободится отъ обязанностей удовлетворенія и вообще не будетъ имѣть больше права доставлять удовлетвореніе; всякое дальнѣйшее ея дѣйствіе носило-бы незаконный характеръ по отношенію къ данному заказчикомъ матеріалу и не дало-бы подрядчику никакого права на соответствующее вознагражденіе. Гражданское уложеніе, характеризуя это отношеніе, выражается такъ: заказчикъ имѣетъ права отказа, т. е. онъ можетъ заявить, что не хочетъ болѣе реального исполненія договора. Это не есть право отказа въ собственномъ смыслѣ этого слова, такъ какъ заказчикъ все же обязанъ уплатить полное вознагражденіе, но конечно, съ соответствующими правиламъ о просрочкѣ принятія вычетами.

Въ частности подрядчикъ не можетъ требовать какого либо вознагражденія за рабочихъ, наемъ которыхъ оказался ненужнымъ, за матеріалы, которые онъ могъ-бы сберечь, и кромѣ того еще долженъ согласится на вычетъ того, что онъ могъ-бы заработать, еслибы приложилъ свою дѣятельность въ другомъ мѣстѣ (§ 642).

Такое право заказчика неопровержимо. Правда, противъ этого выставляли тотъ фактъ, что подрядчикъ можетъ иногда имѣть интересъ въ реальномъ исполненіи, напр., художникъ хочетъ прославиться исполненіемъ заказа или товарищество надѣется благодаря ему получить новыя работы; однако это не такіе интересы, которые могли-бы претендовать на юридическую защиту. Положеніе сторонъ въ оборотѣ не допускаетъ, чтобы заказчикъ былъ обязанъ принять подрядъ, которымъ онъ по измѣнившимся обстоятельствамъ не можетъ воспользоваться и который, возможно, оказался-бы для него большимъ затрудненіемъ, подрядъ, который, при создавшемся положеніи вещей, можетъ быть оказался-бы прямо таки опаснымъ или гибельнымъ. Стоитъ вспомнить случай, когда городъ заказалъ освѣщеніе въ размѣрѣ, гораздо большемъ, чѣмъ ему нужно, или договорился съ подрядчикомъ о постройкѣ больницы, устройство которой по новымъ изслѣдованіямъ оказалось опаснымъ для здоровья. Тутъ само собой понятно, что городъ можетъ отказаться отъ принятія исполненія и въ частности можетъ требовать обратной выдачи до сихъ поръ непротребленныхъ рабочихъ матеріаловъ.

Существенно иначе обстоитъ дѣло при издательскомъ договорѣ; тутъ исполненіе издателя касается какъ разъ самаго произведенія и не можетъ быть замѣнено чѣмъ либо другимъ. Когда издатель берется издать какое-либо произведение, то онъ обѣщаетъ не одинъ только возможный гонораръ, а еще размноженіе и распространіе произведенія и не имѣетъ права предлагать вмѣсто ихъ что-либо другое. Впрочемъ въ извѣстныхъ случаяхъ издателю также дается право отступленія. Прежде всего издатель не обязанъ выпускать новое изданіе; отъ этого онъ можетъ отказаться, причемъ такой отказъ даетъ автору право отступить отъ договора и передать произведеніе другому издателю. Слѣдовало-бы естественно ожидать, что издатель здѣсь по крайней мѣрѣ отвѣчаетъ за полный гонораръ (конечно съ извѣстными вычетами, установленными при просрочкѣ принятія); только непоследовательностью закона можно объяснить, что автору не дано этого права. При первомъ изданіи издатель имѣетъ право отказа, если въ силу новыхъ обстоятельствъ цѣль произведенія не можетъ быть достигнута; такъ онъ можетъ

отказаться издавать школьный учебникъ, если преподаваніе со-
отвѣтствующаго предмета прекращено, или комментарий къ закону,
если законъ отмѣненъ. Тутъ было-бы справедливо обязать его упла-
тить установленное договоромъ вознагражденіе (§ 17 и 18 издат.
закона).

Если заказчикъ не принимаетъ подряда, наступаютъ послѣд-
ствія просрочки принятія; они наступаютъ, если онъ его не мо-
жетъ принять, если какія либо основанія мѣшаютъ ему его при-
нять; ибо основанія, въ силу которыхъ онъ отклоняетъ принятіе,
не принимаются болѣе во вниманіе. Такое отклоненіе принятія
мы имѣемъ между прочимъ тогда, когда заказчикъ долженъ дать
подрядчику матеріальную основу и не въ состояніи дать ее ему.
И здѣсь онъ по общему правилу обязанъ уплатить подрядчику
вознагражденіе съ извѣстными уже вычетами; напр. заказчикъ на-
дѣялся приобрести мѣсто и на немъ построить домъ, а мѣсто по-
лучить оказалось невозможнымъ. Въ такомъ случаѣ дѣло подря-
дчика дать заказчику соразмѣрный срокъ съ заявленіемъ, что онъ
откажется отъ реального исполненія договора, если въ теченіе
даннаго срока препятствіе не будетъ устранено. Нѣчто особенное
мы имѣемъ, когда основанія, приведшія къ просрочкѣ принятія со
стороны заказчика, въ то же время вызываютъ невозможность
исполненія со стороны подрядчика. Таковъ именно случай, когда
погибаетъ матеріальная основа, которую долженъ доставить зака-
зчикъ, напр. стѣна, на которой нужно разрисовать картину, сго-
раетъ, или почва, по которой нужно провести желѣзную дорогу,
благодаря землетрясенію дѣлается навсегда для того негодной,
или фабрика, на которой полагалось производить химическія изы-
сканія, сгораетъ со всѣми аппаратами. Въ такомъ случаѣ было-бы
неправильно ставить просрочку принятія цѣликомъ на счетъ за-
казчика; напротивъ того, онъ долженъ уплатить подрядчику за то,
что онъ до сихъ поръ сдѣлалъ, но не болѣе. Поэтому, если напр.
рисовальщикъ закончилъ половину фресковъ и затѣмъ стѣна упала,
то онъ имѣетъ право лишь на соотвѣтствующее вознагражденіе.

Все, что противъ этого возражали, совершенно необосновано и
принадлежитъ къ области юридическихъ недоразумѣній. Ср. впро-
чемъ § 643 сл. гражд. улож.

§ 77. Къ договору подряда принадлежитъ также сдѣлка, въ
силу которой *электрическое заведеніе* обязуется доставлять кому-
либо электричество въ извѣстномъ количествѣ; это не договоръ
купли, и даже не договоръ купли будущихъ замѣнимыхъ вещей,

такъ какъ было-бы противно всѣмъ началамъ права допускать куплю состоянія, силы: продавать можно только предметы (хотя бы нетѣлесные), предметность служить той разграничительной чертой, которая отдѣляетъ куплю отъ другихъ договоровъ, состояніе-же вещей никогда не можетъ быть предметомъ, точно такъ-же, какъ и дѣйствующая въ предметѣ сила. Договоръ можетъ поэтому быть только договоромъ подряда и подлежитъ его началамъ; въ силу этого абонентъ съ одной стороны не обязанъ уплачивать вознагражденіе, если по какимъ либо причинамъ электричество не будетъ изготовлено или до него не дойдетъ, съ другой стороны долженъ будетъ уплатить вознагражденіе даже въ томъ случаѣ, если не окажется въ состояніи принять и использовать дошедшее до него электричество. Впрочемъ большей частью условіемъ ставится, что а абонентъ долженъ уплатить лишь за то электричество, которое онъ дѣйствительно потребитъ. Однако бываютъ случаи, когда клиентъ обязуется не просто платить соразмѣрно потребленному электричеству, а во всякомъ случаѣ внести извѣстный *minimum*.

Нѣтъ также сомнѣнія, что абонентъ можетъ въ любой моментъ прекратить приемъ электричества съ уплатой условленнаго вознагражденія за вычетомъ того, что заведеніе сберегло благодаря его непользованію. Впрочемъ положеніе здѣсь такое, что большей частью никакого сбереженія не будетъ, такъ какъ обычно производитель электричества не сумѣетъ воспользоваться тѣмъ его количествомъ, котораго не возьметъ абонентъ; самое большее, что можетъ случиться, это то, что, если напр. отказъ поступить отъ крупныхъ абонентовъ на сравнительно долгіе сроки, то заведеніе окажется въ состояніи предоставить электричество такимъ лицамъ, которымъ оно иначе должно было-бы отказать.

Если во всѣхъ этихъ отношеніяхъ договоръ есть договоръ подряда, то онъ все-же отличается той особенностью, что устанавливаетъ подрядъ, который не исчерпывается въ одинъ моментъ или короткій срокъ, а продолжается постоянно, въ теченіе дней, недѣль, мѣсяцевъ, годовъ. Въ силу этого къ нему слѣдуетъ примѣнить приноровленные къ такимъ длящимся отношеніямъ начала договора личныхъ услугъ; слѣдуетъ допустить, что по уважительнымъ причинамъ каждая сторона имѣетъ въ любое время право отказа, по крайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, когда нѣтъ на лицо такъ называемаго принудительнаго заключенія сдѣлокъ. Если плата задерживается, электрическому обществу должно быть дано право приостановить дальнѣйшую доставку электричества, пока плата не

будетъ внесена; при этомъ лишь съ натяжкой можно будетъ по аналогіи воспользоваться § 554 гражд. улож., ибо здѣсь рѣчь идетъ не объ отказѣ отъ отношенія, а о временной пріостановкѣ доставки. Своеобразно еще слѣдующее: договоръ о доставкѣ электричества заключается съ опредѣленнымъ домовладѣльцемъ и съ опредѣленными квартирантами. Если теперь право собственности на домъ перейдетъ къ другому, если квартиранты перемѣнятся, то очевидно придется допустить, что договоръ не простирается дальше на выбывающихъ лицъ, а переходитъ на новыхъ собственника и квартирантовъ, хотя-бы и съ правомъ отказа; ибо каждый, кто заказываетъ для потребностей своей квартиры или дома электричество, заказываетъ его для проложенныхъ въ его квартирѣ проводовъ и лишь подъ условіемъ, что онъ живетъ и останется тамъ жить; тотъ-же, кто вновь вступаетъ въ домъ и видитъ провода, имѣетъ основаніе отказаться отъ электричества, сдѣлавши о томъ соотвѣтствующее заявленіе.

Для всѣхъ этихъ вопросовъ еще не существуетъ твердыхъ правилъ; пока правосудію приходится рѣшать по доброй совѣсти, т. е. по тому, что подсказываетъ правовое чувство, и принимая во вниманіе обычаи жизни (§ 157, 242 гражд. улож.). Впрочемъ очень часто электрическія общества имѣютъ свои правила, которымъ абоненты по договору обязуются подчиняться, и если законодательство не вмѣшается, на основаніи этихъ правилъ вырабатывается такое-же обычное право, какъ при договорѣ страхованія.

Понудительное взысканіе также можетъ представлять трудности, если напр. электрическое общество обязалось къ поставкѣ и отъ нея уклоняется. Здѣсь также придется допустить, что взысканіе можетъ вылиться въ то, что судъ позволить ищущему предъ нимъ абоненту заказать въ другомъ мѣстѣ нужное ему количество электричества, хотя бы это обошлось въ высшей степени дорого, причемъ расходы взыскиваются съ обвиненнаго по обычнымъ началамъ (§ 887 уст. гражд. судопр.).

в) *Сдѣлки множоваго характера, связанныя съ рискомъ.*

§ 78. Договоръ страхованія состоитъ въ томъ, что кто либо за плату или взаимное покрытіе беретъ на себя угрожающій имуществу другого рискъ т. е. опасность. Въ зависимости отъ этого различаютъ страхованіе изъ преміи и взаимное страхованіе. Страхованіе изъ преміи мыслимо даже при заключеніи единичной сдѣлки;

конечно это явленіе рѣдкое, но возможное, и если оно наступаетъ, то примѣняются начала страховаго права. Взаимное же страхованіе возможно лишь въ большихъ массахъ, такъ какъ тутъ уравненіе можетъ быть достигнуто лишь путемъ привлеченія множества интересовъ, которые могутъ быть затронуты опасностью, но изъ которыхъ лишь не многіе сдѣлаются жертвой несчастья.

Вся сдѣлка страхованія принадлежитъ, какъ уже было указано раньше, къ числу важнѣйшихъ пріобрѣтеній новаго времени. Если мы лишь не вполнѣ можемъ заклинять опасность отъ стихій и случайностей жизни, то намъ за то дана возможность преодолѣть ее и такимъ образомъ добиться такихъ результатовъ, какъ если бы опасность не коснулась нашего имущества. Это придаетъ нашему имуществу чрезвычайную прочность; юридическая сдѣлка искусственно ставитъ его внѣ опасности,—и гдѣ мы не можемъ дать природѣ непосредственнаго отпора, тамъ мы это дѣлаемъ при посредствѣ права. Правовой порядокъ вноситъ поправку въ порядокъ природы, и власть послѣдней надъ нашимъ имуществомъ посрамляется!

Подобно почти всѣмъ великимъ идеямъ (за исключеніемъ института биржъ) регулирующимъ юридическій обзоръ, договоръ страхованія возникъ въ средневѣковой Италіи. Уже въ первой половинѣ 14 вѣка мы находимъ сдѣлки страхованія, прежде всего морское страхованіе. Затѣмъ сдѣлка эта была перенесена на страхованіе сухопутныхъ транспортовъ, а отсюда былъ одинъ только шагъ до страхованія отъ огня, которое сначала тоже простиралось лишь на транспортные товары, а затѣмъ охватило также другіе движимые и недвижимые предметы. Развилось также страхованіе отъ градобитія и другихъ силъ природы, хотя очень часто съ своеобразными трудностями. Предметомъ страховки стали также отношенія лицъ, въ видѣ страхованія отъ несчастныхъ случаевъ или болѣзни, и наконецъ, юридическіе факты: такъ въ частности можетъ быть переложена на страховщика опасность, которая связана съ отвѣтственностью напр. отвѣтственностью за звѣрей; точно также опасность связанная съ цѣнными сооруженіями, между прочимъ ущербъ отъ выхода въ тиражъ цѣнныхъ бумагъ и др. Въ настоящее время договоръ страхованія регулированъ имперскимъ закономъ 30 мая 1908 года ¹⁾.

Всѣ самые различные виды страхованія законъ подводитъ подъ

¹⁾ Русск. пер. этого закона см. въ 1-й кн. „Извѣстій общ. стр. знаній“ (Спб. 1909 г.) и въ отдѣльномъ изданіи подъ ред. проф. Шершеневича (М. 1909).

понятіе страхованія отъ ущерба; подъ нимъ подразумѣваются ущербы всякаго рода; такъ наряду съ страхованіемъ отъ огня можетъ выступать страхованіе отъ воды, или обваловъ; къ страхованію отъ опасностей, связанныхъ съ отвѣтственностью за звѣрей и неодушевленные предметы можетъ присоединиться страхованіе отъ опасностей, связанныхъ съ отвѣтственностью за собственное небреженіе, напр. недосмотръ чиновника въ его служебной дѣятельности. Существуетъ лишь одна естественная граница: страхованіе никогда не должно поощрять безнравственность; въ частности ни подъ какимъ видомъ не допускается страхованіе отъ ущерба, связаннаго съ отвѣтственностью за злоумышленный образъ дѣйствій, преступленіе или умышленный проступокъ. Существуютъ еще помимо того нѣкоторые ограниченія въ интересахъ человѣческой порядочности и дисциплины; такъ прежде всего не допускается страхованіе жалованія матросовъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ они не будутъ такъ заинтересованы въ пѣлости судна и дадутъ ему потонуть въ ожиданіи, что жалованіе имъ все равно будетъ уплачено.

Эта плодотворная идея страхованія не должна быть искажена. Страхованіе должно быть строго ограничено возмѣщеніемъ ущерба. Допускается однако страхованіе не только индивидуальнаго ущерба отъ потери вещи, но и всего интереса, т. е. ущерба для всего имущества въ цѣломъ; по крайней мѣрѣ постольку, поскольку его можно доказать съ соотвѣтствующей вѣроятностью. Такъ въ частности морское право дозволило у насъ страхованіе не только судна съ грузомъ, но еще той прибыли, которая связана съ судномъ т. е. фрахта, и той, которая связана съ товарами, такъ называемой воображаемой прибыли. Послѣдней даже дали въ § 801 торг. улож. особую норму (въ случаѣ сомнѣнія 10% страховой стоимости товаровъ). Расширеніе же обязанности возмѣщенія за предѣлы ущерба, какъ это недалеко видно допускалъ Эндеманъ (старшій), извратило бы всю природу страхового права и вмѣсто урегулированнаго обезпеченія привела бы къ рискованнѣйшимъ спекуляціямъ. Оно было бы даже въ высшей степени опасно, такъ какъ именно страхованіе выше настоящей стоимости служить главнымъ соблазномъ, чтобы коварно самому вызвать ущербъ.

Поэтому большинство законовъ о страхованіи объявили страхованіе выше настоящей стоимости лишеннымъ обязательной силы въ той его части, которая превышаетъ настоящую стоимость, по крайней мѣрѣ для страховщика; такъ-же лишено обязательной

силы двойное страхованіе, при чемъ недѣйствительнымъ считается то, съ котораго начинается превышеніе настоящей стоимости, такъ что если первое страхованіе покрываетъ весь интересъ, то недѣйствительно второе и т. д.

Впрочемъ по англо-американской системѣ различные страховщики, правда, обязаны лишь одинъ разъ покрыть ущербъ, но для этого между ними возникаетъ пассивное солидарное обязательство—очень удачный выходъ, принятый также § 59 имперскаго закона о страховомъ договорѣ ¹⁾.

Имущественный интересъ, который можетъ быть застрахованъ въ отдѣльномъ случаѣ, т. е. сумма имущества, которая погибнетъ въ случаѣ наступленія опасности, носить названіе страховаго интереса. Этотъ страховой интересъ можетъ быть цѣликомъ или въ части своей предметомъ страхованія, другими словами страховая оцѣнка можетъ быть равна страховому интересу или ниже ея; напр. если имущественный интересъ равенъ 50000 м. оцѣнка страхованія можетъ ограничиться 25000 м. Это имѣетъ слѣдующій смыслъ: если ущербъ наступаетъ цѣликомъ, то уплачивается 25000, если онъ наступаетъ вполнину, всего на сумму въ 25000, то уплачивается половина страховой оцѣнки т. е. 12500 и т. д. (ср. § 792 торг. ул. и § 56 имп. зак. о страх. договорѣ: страхованіе ниже настоящей стоимости). Если страхованію (напр. отъ огня) подлежитъ вещь, то за страхуемый интересъ принимается цѣна вещи; теряемая прибыль принимается въ страховку лишь поскольку она особо извѣстна (§§ 52, 53 закона о стр. дог.).

Часто размѣръ страховаго интереса опредѣляется при заключеніи страховаго договора путемъ особой оцѣнки, и сумма, установленная въ этой оцѣнкѣ, предполагается соответствующей страховому интересу. Однако допускается доказательство противнаго, т. е. что оцѣнка произведена выше настоящей стоимости страхуемаго интереса (§ 793 торг. улож. и § 55 закона о стр. дог.).

Ближайшимъ содержаніемъ страховаго договора служитъ обозначеніе съ одной стороны риска, а съ другой платы или способовъ взаимнаго покрытія. Обозначеніе риска состоитъ въ указаніи вліяющихъ на опасность обстоятельствъ; напр. при страхованіи транспорта товаровъ въ указаніи рода товаровъ, перевозныхъ средствъ и пути,

¹⁾ Нѣкоторыя уклоненія имѣются въ швейцарскомъ законѣ о страховомъ договорѣ; см. Rölly въ Z. f. Versicherungswissenschaft III стр. 354.

которые должны пройти товары, иногда еще других особенностей, имѣющихъ вліяніе на рискъ. По очень строгому праву слѣдовало бы допускать слѣдующее: если рискъ въ какой-либо существенной части обозначенъ невѣрно, то предметомъ страхованія сдѣлана не дѣйствительная опасность, а какая-то воображаемая, не соответствующая истинѣ, а потому договоръ безусловно можетъ быть оспоренъ по причинѣ заблужденія, независимо отъ того, сознательно или безсознательно, по небрежности или не по небрежности важные пункты были указаны не вѣрно. Можно-бы даже идти дальше и сказать, что тѣ-же послѣдствія должны наступить, если допущена какая либо неполнота, напр. пропущены существенныя для обозначенія опасности обстоятельства.

Законы о страхованіи не сдѣлали однако такихъ строгихъ выводовъ. Правда въ случаѣ положительной невѣрности сообщенныхъ свѣдѣній многіе изъ нихъ объявляютъ сдѣлку порочной, но зато въ случаѣ неполноты указаній сдѣлка порочна лишь при томъ условіи, что страхователь зналъ соответствующія обстоятельства и не указалъ ихъ; да и послѣдствіемъ такой порочности является не оспоримость сдѣлки, а то, что она не имѣетъ силы для страховщика. Такъ напр. рѣшенъ вопросъ въ морскомъ правѣ (§ 806, 809 горг. улож.).

При остальныхъ страхованіяхъ обычно оговаривается, что только сообщеніе неправильныхъ свѣдѣній по винѣ страхователя или умолчаніе или даже, что только неправильность или умолчанія по грубой винѣ влекутъ за собой недействительность договора. Такое ограниченіе круга заблужденій, способныхъ вызвать недействительность сдѣлки, весьма желательно, такъ какъ съ одной стороны обозначеніе риска очень трудно, а съ другой стороны прочность и незыблемость договора является чрезвычайнымъ благодѣяніемъ для житейскихъ отношеній. При этомъ, какъ и при другихъ вопросахъ, мы должны взглянуть на новый законъ о страхованіи; онъ разрѣшаетъ его въ общемъ правильно: онъ не только постановляетъ, что невѣрности и неполнота не вредятъ дѣйствительности договора, если онѣ не вызваны виною страхователя (§§ 17—19); виновная невѣрность или неполнота даютъ страховщику право отступленія, которымъ онъ долженъ воспользоваться въ теченіе мѣсяца (§ 20); право отступленія прекращаетъ отношеніе по началамъ обязательственнаго права согласно § 346 сл. гражд. улож.

Страховщикъ обязуется не только возмѣстить эвентуальный ущербъ,

но еще тотчасъ взять на себя рискъ, такъ какъ несеніе опасности уже есть исполненіе: съ этого момента имущество одного обременяется, а имущество другого переходитъ въ лучшее состояніе, и поэтому дѣйствіе договора страхованія начинается съ того момента и продолжается до тѣхъ поръ, пока существуетъ рискъ. Если поэтому напр. въ моментъ заключенія страховой сдѣлки вещь уже вышла изъ подъ риска или, наоборотъ вещь уже погибла и рискъ перешелъ въ ущербъ, то договоръ страхованія самъ по себѣ долженъ былъ бы оказаться недѣйствительнымъ, такъ какъ онъ направленъ на нѣчто невозможное, т. е. на несуществующій болѣе рискъ. Но и здѣсь строгость выводовъ нѣсколько смягчена въ томъ смыслѣ, что принимается во вниманіе добрая вѣра сторонъ. Если обѣ стороны или хотя-бы одна изъ нихъ ничего не знала объ этихъ обстоятельствахъ, то договоръ можетъ продолжать свое существованіе, такъ какъ субъективная неизвѣстность замѣняетъ объективную. Такъ рѣшаетъ вопросъ торг. ул. § 785 и § 2 закона о стр. договорѣ, и это чрезвычайно желательная конструкція. Отсюда также вытекаетъ, что съ того момента, какъ началось дѣйствіе страхованія, положеніе уже выходитъ изъ состоянія „*res integra*“, и страхователь напр. не можетъ освободиться путемъ отступной суммы (*ristorno*) ¹⁾, а если случится, что страхованіе будетъ прекращено вслѣдствіе неуплаты преміи, то уплаченныя преміи считаются вознагражденіемъ за прежнее несеніе риска, ср. § 38 ²⁾ зак. о страх. договорѣ.

Съ этимъ связано еще слѣдующее: страховщикъ отвѣчаетъ лишь за ту опасность, рискъ которой онъ на себя взялъ, и поэтому не отвѣчаетъ, если предметъ перенесенъ въ такое положеніе, при которомъ на мѣсто этой опасности становится другая. Здѣсь страховка должна была-бы стать такъ-же недѣйствительной, какъ если-бы съ самаго начала была указана не та опасность, какакая существуетъ на самомъ дѣлѣ; но и въ этомъ отношеніи почти всюду допускается облегченіе слѣдующаго свойства: если переходъ въ другой кругъ опасностей произошелъ безъ содѣйствія страхователя, то это измѣненіе не должно имѣть никакого вліянія на несеніе риска. Это также постановлено для того, чтобы добиться цѣли сдѣлки, прочности имущественнаго состоянія (ср. § 813 торг.

¹⁾ Въ § 60 закона она называется платой за дѣловые расходы (не больше половины размѣра годовой преміи!)

улож.). Законъ даетъ въ такомъ случаѣ право отказа, ограниченное впрочемъ при страхованіи транспортъ (§§ 27, 142 зак. о стр. дог.).

Точно также по строгимъ началамъ можно было-бы допустить, что отвѣтственность страховщика прекращается, если страхователь хотя бы легкой виной вызвалъ то несчастіе, отъ котораго онъ страхуется, такъ какъ страховщикъ беретъ на себя рискъ опасности лишь отъ тѣхъ случайностей и событій въ природѣ и среди людей, которыя грозятъ вещи извнѣ. Но и это значило-бы идти слишкомъ далеко. Правда въ морскомъ правѣ такое постановленіе имѣется, § 821 торг. улож., но въ морскомъ правѣ дѣло идетъ о такихъ отношеніяхъ, при которыхъ, въ интересахъ большей отвѣтственности, отъ людей можно требовать особаго напряженія вниманія. Иначе обстоитъ дѣло при другихъ страхованіяхъ, напр. при страхованіи отъ огня, которое почти въ большинствѣ случаевъ не достигло-бы цѣли, если-бы легкой вины страхователя было достаточно, чтобы снять отвѣтственность съ страховщика. Тутъ слѣдуетъ допустить, что только злой умыселъ или, самое большее, грубое небреженіе погашаютъ притязанія на страховку. Такъ постановлено и въ законѣ, § 61; болѣе того, даже для морского страхованія измѣняется въ этомъ духѣ § 821 торг. улож. и при страхованіи отъ опасностей, связанныхъ съ отвѣтственными обязанностями, отвѣтственность страховщика, исключается лишь въ случаѣ умысла.

Страховщикъ можетъ въ свою очередь переложить текущій рискъ на другого; это вторичное страхованіе. Оно есть не что иное какъ видъ страхованія съ особымъ характеромъ страхуемаго интереса: точно такъ-же какъ можно застраховать себя на случай какаго-либо другого ущерба, можно страховать себя отъ ущерба, которымъ угрожаетъ взятый на себя въ качествѣ страховщика рискъ. Впрочемъ большей частью вторичный страховщикъ беретъ на себя не весь ущербъ, которымъ грозятъ первому его операци, а лишь соотвѣтствующую часть, но это не мѣняетъ характера сдѣлки. Это такъ-же мало существенно, какъ если-бы въ другомъ случаѣ, напримѣръ при страхованіи зданія, въ страховку была взята лишь опредѣленная его часть; то-же самое относится къ страхованію чрезмѣрнаго ущерба, когда возмѣщенію подлежитъ лишь ущербъ, превышающій извѣстную сумму.

Страховщикъ беретъ на себя рискъ или за плату, которая можетъ состоять въ деньгахъ или въ чемъ либо другомъ (премія):

въ прочности этой преміи заключается спекулятивный характеръ сдѣлки: страховщикъ получаетъ премію во всякомъ случаѣ, но зато, если возникаетъ ущербъ, онъ долженъ его возмѣстить независимо отъ этого, что онъ собралъ въ видѣ премій. Его дѣла могутъ поэтому кончиться очень хорошо или очень печально.

Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло, когда страховщикъ беретъ на себя рискъ не за плату, а за взаимное покрытіе; этимъ хотѣли сказать слѣдующее: нѣсколько лицъ могутъ составить общество съ такимъ условіемъ, что всѣ они слагаютъ вмѣстѣ свои страхи и обязуются, что въ случаѣ, если у кого-либо изъ нихъ рискъ перейдетъ въ несчастіе, они общими средствами возмѣстятъ ему ущербъ. Какъ видно, взаимное покрытіе возникаетъ благодаря переложенію ущерба на цѣлую совокупность лицъ съ одинаковыми интересами. Въ результатѣ нѣтъ ни прибыли, ни убытка, а уплачивается лишь столько, чему равенъ наступившій ущербъ; впрочемъ, когда такія общества достигаютъ значительныхъ размѣровъ, они иногда также устанавливаютъ извѣстныя преміи, но лишь предварительнаго характера, такимъ образомъ, что уплаченное сверхъ нужды возвращается обратно въ формѣ дивиденда, а недоплаченное взыскивается въ формѣ доплаты. Это и есть страхованіе на началахъ взаимности, пользующееся въ настоящее время особенной популярностью; правда его участникамъ грозитъ опасность доплаты, но размѣры ея пытались сократить постановленіемъ, что никто не обязанъ дѣлать доплаты свыше извѣстной суммы; впрочемъ, въ результатѣ, наступившій ущербъ можетъ иногда оказаться возмѣщеннымъ не цѣликомъ, а лишь частью.

Кромѣ закона о страховомъ договорѣ, въ Германіи существуетъ еще законъ отъ 12 мая 1901 года о частныхъ страховыхъ предприятияхъ, который лишь немногими постановленіями касается самой сдѣлки страхованія, главнымъ же образомъ занятъ регулировкой юридической формы страховыхъ товариществъ и организаціей административнаго надзора за ихъ дѣятельностью. Впрочемъ этотъ надзоръ глубоко затрагиваетъ и частно-правовыя отношенія.

Въ частности для гражданскаго права важно, что въ роли страховыхъ предприятий, занимающихся различнаго рода страхованіемъ отъ огня, града, несчастій и связанныхъ съ отвѣтственностью опасностей, также какъ и разнаго рода страхованіемъ жизни, могутъ выступать лишь товарищества на акціяхъ или общества взаимнаго страхованія. Это не значитъ, что отдѣльная страховая сдѣлка не можетъ быть заключена также другимъ лицомъ, а только

то, что предпріятіе для планомѣрнаго страхованія изъ премій ли, или на началахъ взаимности, должно быть облечено въ одну изъ указанныхъ выше формъ; только въ такомъ случаѣ оно можетъ получить нужную концессію ¹⁾. Сдѣлки, заключенныя съ предпріятіемъ, не удовлетворяющимъ этимъ условіямъ, правда, не считаются недѣйствительными, но подлежатъ указаннымъ въ § 108 зак. о част. стр. предпр. штрафамъ. Затѣмъ для гражданскаго права имѣетъ значеніе установленная въ этомъ законѣ организація получившихъ концессію обществъ взаимнаго страхованія. Такое общество является юридическимъ лицомъ, оно не есть торговое товарищество, но въ общемъ несетъ обязанности торговыхъ людей и вносится въ торговый регистръ. Его уставъ долженъ быть утвержденъ соотвѣствующими органами надзора. Онъ долженъ быть облеченъ въ форму судебного или нотаріальнаго акта и въ частности содержать въ себѣ указаніе, какимъ образомъ кто-либо становится членомъ общества. Членство здѣсь отличается слѣдующей особенностью: членомъ становятся черезъ вложеніе риска, т. е. всякій, кто несетъ рискъ, можетъ вступить въ общество членомъ съ тѣмъ, что съ одной стороны общество будетъ обязано покрыть его рискъ, но съ другой стороны онъ также долженъ будетъ принять участіе въ покрытіи риска другихъ. Отсюда вытекаетъ, что притязанія на покрытіе наступившаго ущерба суть притязанія общества, а не притязанія третьихъ лицъ, и поэтому они въ случаѣ конкурса стоятъ позади притязаній третьихъ лицъ (§ 20 сл., 51 зак. о частн. стр. предпр.). Требуется однако, чтобы извѣстный капиталъ былъ на лицо уже съ самаго начала, такъ какъ должны быть готовы средства для содержанія нужнаго персонала и для расходовъ по управленію. Поэтому предусматривается, что въ общество долженъ быть вложенъ основной фондъ, при чемъ участники этого основнаго фонда удовлетворяются процентами и эвентуально участіемъ въ прибыляхъ (проценты до 4% и затѣмъ еще участіе въ прибыляхъ, но все вмѣстѣ не выше 6%); при этомъ приняты мѣры, чтобы этотъ основной фондъ былъ понемногу погашаемъ изъ годового дохода, и такимъ образомъ все яснѣе вырисовывался характеръ общества, какъ совокупности участниковъ въ несеніи общаго риска.

¹⁾ Ср. также объ этомъ Zehnter въ Arch. f. bürgerl. R. XX, стр. 8 сл. Поэтому товарищество, желающее заниматься планомѣрнымъ страхованіемъ, вносится въ регистръ лишь въ томъ случаѣ, если на это дано разрѣшеніе. Рѣш. Каммергерихта 26 мая 1902, Mugdan V, стр. 34.

§ 79 *Страхованіе жизни* ¹⁾ есть особый видъ страхованія, характеризующійся слѣдующимъ образомъ. Благодаря ранней смерти кого-либо или благодаря тому, что онъ доживаетъ до извѣстнаго возраста, можетъ возникнуть нужда въ денежныхъ средствахъ, которая также можетъ быть подведена подъ понятіе ущерба въ смыслѣ страхового права; ибо ущербъ мы имѣемъ вообще, гдѣ обстоятельства вызываютъ особую нужду въ средствахъ. Самый важный случай тотъ, когда живущее на жалованье семейство лишается кормильца и членамъ его грозитъ бѣдность, нужда и несчастье. Это есть также случай, который исторически первымъ привлекъ къ себѣ вниманіе. Если пожелать здѣсь строго держаться положенныхъ въ основу страхованія началъ, то тутъ также пришлось бы заявить, что возмѣщенію можетъ подлежать не болѣе того, чему равенъ дѣйствительный имущественный ущербъ. Такимъ образомъ не было бы мѣста притязаніямъ на страхованіе послѣ смерти того, кто умеръ лишь долгое время спустя послѣ того, какъ потерялъ свою работоспособность, и потому не только ничего не давалъ семьѣ, но скорѣе самъ ее обѣдалъ. Но такой взглядъ на дѣло столкнулся бы съ непреодолимыми трудностями и въ то же время не учелъ бы слѣдующаго важнаго момента: если даже кто-либо не пріобрѣтаетъ прямо средствъ для семьи, то онъ все же можетъ поддерживать ея единство и оказывать благотворительное вліяніе даже на ея имущественно-правовое развитіе своей личностью, нравственнымъ вліяніемъ на ея членовъ, поддержаніемъ домашней дисциплины и укоренившимся авторитетомъ. Принимая во вниманіе всѣ эти обстоятельства, законодательство склонилось къ тому, чтобы отказаться здѣсь отъ начала равновѣсія между ущербомъ и страховымъ интересомъ и дозволить страхованіе въ любомъ размѣрѣ; точно также отказались отъ запрещенія двойного страхованія.

Итакъ страхованіе жизни есть договоръ страхованія; онъ подлежитъ началамъ страхованія. Въ частности здѣсь также требуется достовѣрность показаній, опредѣляющихъ рискъ. Эти показанія конечно прежде всего касаются возраста и состоянія здоровья страхуемаго лица, затѣмъ состоянія здоровья родственниковъ, которое можетъ дать основаніе для заключеній о тѣхъ обязательствахъ,

¹⁾ Происхожденія института страхованія жизни въ настоящемъ смыслѣ этого слова слѣдуетъ искать въ Англіи, гдѣ находятъ примѣры товариществъ страхованія жизни за годы 1698, 1699, 1706.

которыя падуть на страховщика въ случаѣ смерти страхуемаго; сословіе и званіе также принимаются во вниманіе. Строго говоря, всякое невѣрное или неполное показаніе и здѣсь должно было бы влечь за собой оспоримость договора, но во имя справедливости установили, что только виновная невѣрность или неполнота вредить его силѣ (даетъ право отступленія) ¹⁾. Въ частности принимается во вниманіе еще слѣдующее: если невѣрность показаній страховому обществу извѣстна, то оно не можетъ выставять въ свою защиту фактъ заблужденія. Но общество должно было бы отвѣчать здѣсь за своихъ агентовъ, которые имѣютъ возможность и даже обязаны доставлять обществу подробныя свѣдѣнія. Эти агенты, правда, не суть представители въ смыслѣ гражданскаго уложенія, но они все же довѣренныя лица, на которыхъ на практикѣ возлагается обязанность разобрать со страхователями всѣ обстоятельства и подготовить договоръ. Законъ о страховомъ договорѣ неудачно постановилъ въ § 44, что знаніе агента, исполняющаго лишь роль посредника, не играетъ такого же значенія, какъ знаніе страховщика. Возраженіе, что въ случаяхъ знанія агента большей частью нѣтъ вины страхуемаго и слѣдовательно ему не угрожаетъ ущербъ въ правѣ, — недостаточно ²⁾.

Страхуваніе жизни отличается еще той особенностью, что, поскольку оно представляетъ собою страхуваніе собственной жизни, оно есть договоръ въ пользу третьихъ лицъ, т. е. въ пользу тѣхъ, кому должна достаться страховая сумма, напр. жены или переживающихъ дѣтей. При этомъ не слѣдуетъ думать, что притязаніе на страховую сумму первоначально пріобрѣтается страхователемъ и попадаетъ въ его наслѣдственную массу, ибо въ такомъ случаѣ жена и дѣти получали-бы притязаніе на страховое вознагражденіе лишь въ силу своего права наслѣдованія, и если-бы надъ наслѣдствомъ былъ утвержденъ конкурсъ, въ конкурсную массу попало-бы притязаніе на страховое вознагражденіе; напротивъ того, страхуемые непосредственно пріобрѣтаютъ притязаніе на страховое вознаграж-

¹⁾ Прибавьте къ этому благотѣльную гарантію, что по истеченіи десяти лѣтъ отступленіе не можетъ имѣть болѣе мѣста, § 163 закона о страховомъ договорѣ.

²⁾ Противоположное правило тѣмъ болѣе необходимо, что практика рейхс-герихта въ этомъ пунктѣ вообще непослѣдовательна и не свободна отъ упрековъ. Ср. 3 іюля 1883 г. IX стр. 196, 9 ноября 1888 г. XXII стр. 201, 2 декабря 1890 г. XXVII стр. 151, 29 іюня 1897 г. XXXIX стр. 177, 30 марта 1900 г. XLVI стр. 184.

деніе, какъ третьи лица, впрочемъ такимъ образомъ, что они выводятъ свое право изъ договора страхованія; страховщикъ можетъ поэтому противопоставить имъ возраженія основанныя на договорѣ (§ 334 гражд. улож.), но не тѣ, которыя основаны не на договорѣ, а на цѣли страхователя, напр. не стоящій въ связи съ договоромъ страхованія зачетъ. Еще менѣе могутъ ограничивать права страховых кредиторовъ страхователя. Сказанное выступило-бы еще яснѣе, если-бы, какъ по англійскому закону (33, 34 vict. с. 93 s. 10), право страхуемыхъ третьихъ лицъ возникало-бы сразу и окончательно, но этого нѣтъ въ нашемъ правѣ: по нашему праву новое страхуемое лицо можетъ быть назначено не только договоромъ между страхователемъ и страховымъ обществомъ, но даже одностороннимъ заявленіемъ страхователя. Поэтому право страхуемаго возникаетъ лишь со смертію страхователя, и это лишь въ томъ случаѣ, когда нѣтъ иныхъ постановленій ¹⁾. Не смотря на это мы имѣемъ предъ собою договоръ въ пользу третьихъ лицъ, такъ какъ такой договоръ не предполагаетъ непременно, что право третьяго лица возникаетъ немедленно, иногда оно можетъ зависѣть отъ будущихъ обстоятельствъ. Если третье лицо права не принимаетъ, то оно попадаетъ въ наслѣдственную массу.

Требуется, чтобы смерть возникла въ результатѣ естественныхъ жизненныхъ процессовъ или внѣшнихъ вліяній. Поэтому если страхователь, о жизни котораго идетъ рѣчь, умерщвляетъ самъ себя, то нѣтъ условій, которыя предполагаетъ договоръ страхованія, развѣ только самоубійство вызвано упомогѣтельностью. Тѣ-же начала примѣняются, если онъ умираетъ на дуэли или подвергается смертной казни; однако слѣдовало-бы сдѣлать исключеніе для того случая, когда послѣ его смерти новое разсмотрѣніе дѣла докажетъ его невиновность. Очень долгое тюремное заключеніе или очень распутный образъ жизни должны были бы освободить товарищество отъ его отвѣтственности. Законъ § 169 обращаетъ вниманіе только на самоубійство и въ этомъ отношеніи недостаточенъ.

¹⁾ Впрочемъ проектъ товариществъ страхованія жизни отъ 15 февраля 1902 г. f. Versicherungswissenschaft II стр. 250) предусматриваетъ немедленное прочное право третьяго лица, если оно по предложенію страхователя приняло участіе въ договорѣ страхованія. Это было-бы цѣлесообразно. § 166 имперскаго закона о страховомъ договорѣ говоритъ только, что обозначеніе третьяго лица въ случаѣ сомнѣнія не лишаетъ страхователя права назначить новаго получателя. Этого недостаточно. Въ остальномъ §§ 166 и 167 имперскаго закона подтверждаютъ сказанное выше.

Страхователь и при договорѣ страхованія жизни долженъ платить премію; при этомъ въ формѣ обычнаго права установились слѣдующія начала: своевременная уплата премій имѣетъ особенную важность, и общество не могло-бы существовать, если-бы большое число премій превратилось въ недоимку; поэтому образовалось правило: въ случаѣ неуплаты преміи общество можетъ отступить отъ договора, и при этомъ не обязано давать какое-либо возмѣщеніе за уплаченныя до того времени преміи, вѣдь несло-же оно до этого времени рискъ; обратная выдача уже уплаченныхъ премій имѣла бы поэтому оправданіе лишь въ томъ случаѣ, если-бы ему одновременно было предоставлено за несеніе риска другое возмѣщеніе ¹⁾. Впрочемъ обычно въ уставы вносятся условіе о добавочномъ срокѣ, и иногда постановляется, что часть премій должна быть выдана обратно.

Съ этой конструкціей связалось нѣчто другое, а именно слѣдующая мысль: страхователь можетъ отступить отъ страхованія тѣмъ, что онъ перестанетъ платить преміи и даетъ страхованію погибнуть; если онъ это дѣлаетъ, то съ него нельзя искать преміи судомъ. При такомъ пониманіи премія уже не есть болѣе законный долгъ, а условіе дальнѣйшаго существованія страхованія и дальнѣйшей отвѣтственности страховщика ²⁾. Законъ смягчилъ все это въ томъ смыслѣ, что, во 1-хъ простая неуплата преміи не погашаетъ договора, и даетъ лишь страховщику право отступления, и что, во 2-хъ, страхователь въ любой моментъ можетъ заявить о своемъ отказѣ отъ страхованія (§§ 38, 165 зак. о стр. договорѣ).

Возможно также страхованіе чужой жизни, при которомъ А. выговариваетъ себѣ извѣстную сумму, если умретъ Б; напр. жена заключаетъ условіе объ уплатѣ ей извѣстной суммы въ случаѣ смерти ея мужа. Подобное страхованіе возбуждало различныя сомнѣнія, между прочимъ съ нравственной точки зрѣнія, какъ своего рода спекуляція на смерть другого, какъ своего рода игра, въ которой выигрышъ зависитъ отъ жизни другого. Затѣмъ вполне вѣроятно, что подобное страхованіе дѣйствительно вызываетъ соблазнъ сжить со свѣта своего ближняго или хотя-бы ускорить

¹⁾ О резервахъ премій смотри ниже.

²⁾ Этого повидимому добивалась и памятная записка съѣзда нѣмецкихъ обществъ сграхованія жизни, содержащая слѣдующее предложеніе: страхованіе прекращается если премія не вносится во время (Z. f. Versicherungswissenschaft II стр. 248).

его смерть какими-либо вредными воздѣйствіями. Поэтому законодательства дозволяютъ подобное страхованіе лишь при особыхъ обстоятельствахъ, они требуютъ или согласія того, о чьей жизни идетъ рѣчь или интереса, которому угрожаетъ его смерть, напр. если онъ родственникъ, отъ помощи или поддержки котораго зависитъ страхуемый. Законъ въ § 159 требуетъ письменнаго согласія.

Страхованіе на случай смерти (собственной смерти) можетъ быть связано со страхованіемъ жизни такимъ образомъ, что страховая сумма подлежитъ уплатѣ какъ въ случаѣ смерти лица, такъ и въ томъ случаѣ, если оно достигнетъ извѣстнаго возраста. Въ этомъ случаѣ принимается во вниманіе, что извѣстный возрастъ большей частью влечетъ за собою потерю производительной рабочей силы и очень часто даже увеличенный размѣръ потребностей. Здѣсь говорить о укороченномъ страхованіи жизни. Конечно за такую льготу уплачивается повышенная премія.

Противоположность ему представляетъ чистое страхованіе жизни, состоящее въ томъ, что кому-либо уплачивается извѣстная сумма для потребностей, которыя могутъ наступить при опредѣленномъ возрастѣ, но только тогда; такъ что, если онъ умираетъ до того, то его наслѣдники ничего не получаютъ. Въ частности сюда относится страхованіе приданаго или совершеннолѣтія и т. д., связаннаго съ потребностями, возникающими лишь при вступленіи страхуемаго въ опредѣленный возрастъ.

Если надъ страховщикомъ учреждается конкурсъ, то страхователь можетъ или отступить отъ договора, или въ качествѣ ущербъ заявить сумму, которая дала-бы ему возможность вмѣсто этого страхованія заключить новое (§ 898 торг. улож.). Такъ по крайней мѣрѣ выходило по прежнему праву. § 61 закона о частныхъ страхов. предпр. этого не измѣнилъ, такъ какъ онъ сохраняетъ за страхуемымъ „вытекающія изъ страхового договора притязанія“. Совершенно неудовлетворительна регулировка закона въ §§ 13 и 14. Законъ о частномъ страхованіи далъ при этомъ страхователю особую привилегію. Именно, онъ постановляетъ, что страхованіе прекращается съ сохраненіемъ указаннаго выше права на возмѣщеніе ущербъ, но страхуемые имѣютъ право на такъ. называемые *резервы премій*. Сущность резервовъ премій состоитъ въ слѣдующемъ: годовыя преміи въ началѣ значительно выше, чѣмъ имъ-бы слѣдовало быть по расчету; ибо по расчету преміи должны были-бы вначалѣ быть ниже и

повышаться съ возрастомъ лица, о жизни котораго идетъ рѣчь, а это было-бы нежелательно для обѣихъ сторонъ. Поэтому уплачиваютъ сразу болѣе высокую премію, которая уже остается неизмѣнной и пополняетъ тотъ излишекъ, который пришлось-бы уплатить потомъ. Такимъ образомъ страхование жизни одновременно исполняетъ въ пародохозлыственной жизни роль сберегательныхъ кассъ; то, что такимъ образомъ уплачено въ молодые годы, сохраняется для старости и не должно быть болѣе уплачено въ старости. Отсюда развилась слѣдующая мысль: такъ какъ при учрежденіи надъ товариществомъ конкурса страхование на будущее время прекращается, то тѣ части уплаченныхъ премій, которыя являются уплатой сверхъ расчета, должны быть сохранены за платящимъ; другіе кредиторы не должны ихъ касаться, такъ что платящій можетъ при конкурсѣ требовать ихъ выдѣленія изъ общей массы, какъ если-бы это были положенныя на его имя деньги. Поэтому лучшія общества страхованія жизни, уже издавна сохраняли эти резервы въ достаточно обезпечивающей ихъ формѣ, а законъ о частныхъ страховыхъ предпріятіяхъ предписываетъ это какъ общее правило; одновременно онъ постановляетъ, что такое храненіе подлежитъ контролю. Поэтому когда страховое общество попадаетъ въ конкурсъ, страхователи имѣютъ на эти резервы премій притязаніе преимущественно предъ всѣми другими конкурсными кредиторами (§§ 57 сл., 61 закона о частн. страх. предпр.). Что это есть (въ несобственномъ смыслѣ) право выдѣленія, я уже показаль въ своихъ *Leitfaden des Konkursrecht* (2 изд. стр. 111 сл.).

Въ новыхъ законахъ идея резервныхъ премій проведена дальше. Именно, если отъ договора отказываются или онъ уничтожается, или если страховикъ свободенъ отъ уплаты вознагражденія, то страхователь имѣетъ право на резервы премій (за вычетомъ 3%), § 176 закона; возможно также превращеніе страхованія въ страхование, свободное отъ премій, такимъ образомъ, что резервныя преміи засчитываются за одновременную премію, § 174 закона. Если въ первомъ случаѣ отказъ отъ договора заявленъ страхователемъ, то говорятъ также о выкупѣ страхованія жизни: но это не выкупъ, а прекращеніе отношенія съ сохраненіемъ права на резервы *causa finita* ¹⁾.

¹⁾ См. объ этомъ Rölli; указ. соч. стр. 366 сл.

Книга вторая.

Сложение имуществъ (товарищество).

§ 80. *Договоръ товарищества* ставится обыкновенно на одну ступень со сдѣлками мѣноваго характера. Это совершенно неправильно, такъ какъ при договорѣ товарищества дѣло идетъ о существенно иномъ направленіи человѣческаго ума.

Въ то время какъ прочія сдѣлки предназначены служить главнымъ образомъ человѣческому индивидуализму, хотя-бы, какъ договоръ личныхъ услугъ, съ соціально политической окраской,—при договорѣ товарищества дѣло идетъ о томъ, чтобы объединить духовныя или хозяйственныя силы людей для общей дѣятельности и возникающимъ благодаря этому взаимнымъ содѣйствіемъ придать имъ особую высоту. Сущность культуры въ томъ и состоитъ, чтобы, съ одной стороны, личность достигла наивозможнаго развитія своихъ задатковъ, а, съ другой стороны, была способна, не разрушая самую себя, объединять свои силы съ силами другихъ и такимъ образомъ добиваться общихъ результатовъ. Это обстоятельство выступало наружу уже въ ученіи объ обществахъ и союзахъ. Теперь этой же цѣли должно служить товарищество. Культура поэтому настоятельно требуетъ, чтобы формы товарищескихъ организацій были по возможности свободны и гибки. Подробное ученіе о товариществахъ относится къ области торговаго права и не можетъ найти здѣсь мѣста. Какъ полное торговое товарищество и компанія на акціяхъ съ одной стороны, такъ нѣмецкая *Genossenschaft*, картель и трестъ съ другой стороны, должны разсматриваться какъ результаты стремленія, путемъ объединенія силъ, съ одной стороны, достигать такихъ цѣлей, которыя для отдѣльной личности менѣе доступны; а, съ другой—избѣгать такихъ опасностей, которыя обрушились-бы на отдѣльное хозяйство, если бы организація не пришла ему на помощь. Но и товарищество гражданскаго права имѣетъ свои важныя цѣли, хотя-бы оно занималось не тѣмъ, чѣмъ занимаются торговые товарищества, и не имѣло такого широкаго круга дѣйствія, чтобы его приходилось заносить въ торговый регистръ и превращать въ купца и торговца; ибо хотя эти товарищества стоятъ на низшей ступени, ихъ значеніе и вліяніе весьма велико благодаря ихъ обилію и близкой связи съ организаціей семейныхъ отношеній.

Для того, чтобы эти товарищества могли быть полезны, необ-

ходимо прежде всего слѣдующее: нужно, чтобы складочное имущество было отдѣлено отъ имущества отдѣльныхъ товарищей и не зависѣло отъ ихъ судьбы; если бы складочное имущество на каждомъ шагу было подвержено распоряженіямъ и судьбамъ отдѣльныхъ членовъ товарищества, то оно не было бы въ состояніи твердо и неукоснительно идти навстрѣчу поставленнымъ ему товариществомъ цѣлямъ. Римское право отвѣчало этой потребности лишь въ весьма недостаточной мѣрѣ. Она полнѣе всего удовлетворяется созданіемъ юридическихъ лицъ, когда складочное имущество считается имуществомъ особой личности, а товарищество сохраняетъ предъ отдѣльными своими членами самостоятельное существованіе, благодаря своему возвышенію до собственной личности. Это начало рѣшительно проведено въ торговомъ правѣ, въ частности и по отношенію къ полнымъ торговымъ товариществамъ; ученіе, по которому они не суть юридическія лица, приводитъ къ величайшимъ затрудненіямъ въ конструкціи. Тамъ, гдѣ созданіе юридического лица невозможно, римское право конструировало лишь собственность по твердо установленнымъ частямъ, и даже пандектная наука пошла немногимъ далѣе. Существенное нововведеніе въ конструкціи состоитъ въ томъ, что образована сособственность особаго рода, не по твердо установленнымъ частямъ, а съ мѣняющимся участіемъ, сособственность, которая, слѣдовательно, не можетъ уже оставаться слитой съ прочимъ имуществомъ отдѣльныхъ членовъ товарищества, ибо то, что такимъ образомъ течетъ и переливается, не можетъ быть въ любое мгновеніе выхвачено изъ потока и окаменѣть въ качествѣ части частнаго имущества. Прибавьте еще къ этому, что участіе въ складочномъ имуществѣ есть участіе не въ отдѣльныхъ предметахъ, а во всей совокупности имущества, такъ что если бы даже можно было не обращать вниманіе на эту текучесть, все-же нельзя было бы сказать, какое участіе принадлежитъ каждому члену товарищества въ каждомъ отдѣльномъ объектѣ. До новѣйшаго времени нѣмецкое право не умѣло конструировать, но уже давно знало эту сособственность, при которой каждый изъ сособственниковъ имѣетъ часть во всей совокупности имущества, при этомъ часть, постоянно мѣняющуюся и потому способную къ сліянію съ прочимъ его имуществомъ лишь послѣ уничтоженія товарищества. Гражданское уложеніе знаетъ эту сособственность; такое общее имущество оно называетъ складочнымъ имуществомъ (§ 718 гражд. улож.); при этомъ подъ понятіе складочнаго имущества подходятъ, во 1-хъ, взносы членовъ товарищества и даже притиза-

вія на взносы (эти притязанія уже суть принадлежащее товариществу имущество); затѣмъ, во 2-хъ, то, что товарищество пріобрѣтаетъ при веденіи дѣлъ.

Вторымъ важнымъ условіемъ правильной конструкціи сущности товарищества служить то, чтобы духовные и матеріальные взносы одинаково пользовались подобающими имъ правами. Въ счетъ должно быть принято не одно только имущество, но и то, что кто либо изъ товарищей приноситъ товариществу, управленіемъ-ли дѣлами, или какой-либо другой дѣятельностью. На этомъ основано правильное постановленіе, что, въ случаѣ сомнѣнія доли участія членовъ товарищества въ его прибыляхъ равны, такъ что тотъ, который не далъ товариществу никакого имущества, а одну лишь работу, въ случаѣ сомнѣнія получаетъ такую-же долю въ прибыляхъ, какъ тотъ, отъ кого исходитъ имущество (§ 722). Можно только спросить, нельзя-ли было идти дальше, а именно капитализировать цѣнность работы и считать работу тоже имущественнымъ взносомъ, такъ, чтобы, при ликвидаціи товарищества, сдѣлавшимъ взносы имуществомъ выдавалось ихъ имущество, работнику его рабочій капиталъ, и лишь тогда приступали къ дѣлежу прибыли. Гражданское уложеніе не сдѣлало этого шага: рабочій капиталъ не принимается во вниманіе, работникъ получаетъ лишь свою долю прибылей, между тѣмъ, какъ сдѣлавшіе взносъ имуществомъ получаютъ обратно свои взносы и затѣмъ долю прибылей (§§ 733, 734 гражд. улож.). Является вопросъ, не желательно-ли это дальнѣйшее развитіе въ будущемъ?

Во всемъ, что касается прекращенія договора товарищества, гражданское уложеніе въ общемъ слѣдуетъ проложеннымъ рамскимъ правовымъ началамъ, которыя въ цѣломъ своемъ слѣдуетъ признать вполне здравыми. Съ одной стороны, высоко-личный характеръ отношенія товарищества требуетъ, чтобы, въ видѣ общаго правила, смерть каждаго изъ товарищей уже прекращала договоръ, а, съ другой стороны, необходима всетаки извѣстная связанность, такъ, чтобы товарищи чувствовали, что существованіе товарищества не предоставлено ихъ полному произволу. Въ зависимости отъ этого регулирована продолжительность товарищества; въ частности, допускается установленіе товарищества на извѣстный срокъ, но по особо важнымъ основаніямъ можно требовать его прекращенія и до срока (§ 723 сл. гражд. улож.).

§ 81. *Промышленныя картели* также могутъ принять форму товариществъ. Когда разные производители объединяются исклю-

чительно на обязательствѣ поддерживать при своихъ сдѣлкахъ мѣнноваго характера извѣстныя цѣны и не выходить за предѣлы извѣстныхъ условій, то такое соглашеніе еще не имѣетъ въ себѣ никакихъ элементовъ товарищества. Эти элементы появляются съ того мгновенія, когда для достиженія этой цѣли нѣсколько лицъ слагаютъ свои имущества. При такихъ картеляхъ это бываетъ нерѣдко; между прочимъ имъ часто нужны особыя сооруженія, напр., для того, чтобы сообща продавать товары, имъ нужны особыя органы контроля, наконецъ имъ нужна дѣятельность особыхъ лицъ, чтобы найти вѣрные пути для своего производства или устранить лежащія на его пути препятствія. Для всего этого часто образуется общій производственный фондъ; тогда мы имѣемъ предъ собою договоръ товарищества.

Впрочемъ, является вопросъ, связываетъ-ли подобная картель своихъ участниковъ. Теперь уже нельзя утверждать, что по отношенію ко всѣмъ случаямъ картели направлены противъ добрыхъ нравовъ или правъ человѣка на свободу, но всеже, по аналогіи съ § 152 уст. пром., придется допустить, что каждый изъ участниковъ имѣетъ свободное право отступленія; если такіе союзы иногда даже приносятъ пользу, то всеже природа оборота не мирится съ тѣмъ, чтобы промышленникъ долженъ былъ оставаться въ картели даже послѣ того, какъ онъ убѣдился, что ея дальнѣйшее существованіе противорѣчитъ здравому обороту и законнымъ интересамъ публики. Неправильно поэтому рѣшеніе рейхсгерихта отъ 4 февраля 1897, оборн. рѣш. XXXVIII стр. 155 ¹⁾.

Совсѣмъ другой характеръ носятъ *тресты*; они не ограничиваются подобными товарищескими соглашениями, не удовлетворяются тѣмъ тощимъ фондомъ, который достаточенъ для цѣлей картели, а стремятся поглотить и объединить въ однѣхъ рукахъ всѣ многочисленныя однородныя производства, а часто такъ даже еще и другія связанныя съ ними предпріятія. Такой трестъ стремится поэтому превратиться въ юридическое лицо въ формѣ кампаніи на акціяхъ или товарищества съ ограниченной отвѣтственностью. Его поэтому мѣсто въ ученіи о лицахъ, а не въ обязательственномъ

¹⁾ Дальнѣйшія рѣшенія у Scherer, Das dritte Jahr, стр. 132. Старое право считало договоръ картели необязательнымъ. Ср. Novara (1277 Ed. Ceruti) с. 250: sit ipso iure absolutus et libertatus ab omni societate, conspiratione, conventicula et coniuratione; Padua (1271) Nr 782 и др. путь къ новымъ воззрѣніямъ проложилъ англійскій законъ отъ 1825, 6 Geo. IV ch 129.

правѣ. О формахъ товариществъ американскаго права и регулирующихъ ихъ нормахъ будетъ рѣчь въ другомъ мѣстѣ.

Книга третья.

Абстрактный договоръ о долгѣ.

§ 82. *Абстрактный договоръ* гражданское уложеніе заимствовало изъ пандектнаго права и внесло въ него правильное дополненіе, требуя для заключающагося въ договорѣ общаія письменной формы. Уже въ юстиніановомъ правѣ стипуляція сдѣлалась письменной и перешла въ пандектное право въ такомъ видѣ, что въ письменные договоры включалась стипуляціонная формула, бывшая въ ходу еще въ теченіе столѣтій, еще въ 14 и даже 15 вѣкахъ ¹⁾. Если стипуляціонная формула отпадала, то теряло свое значеніе письменное общаніе.

Въ недавнее время реальное значеніе абстрактнаго общанія было подвергнуто весьма основательнымъ сомнѣніямъ, а его право на существованіе оспаривалось, по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока добросовѣстно приобрѣтенное третьимъ лицомъ обязательство не будетъ признано независимымъ отъ обоснованныхъ въ лицѣ первоначальнаго кредитора возраженій ²⁾. Слѣдуетъ прибавить, что уже римское право подорвало главное значеніе абстрактнаго договора тѣмъ, что допустило *exceptio doli* и такимъ образомъ черезъ заднюю дверь впустило обратно всѣ связанныя съ общаніемъ матеріальныя сомнѣнія. А затѣмъ значительная часть преимуществъ абстрактнаго договора была потеряна благодаря допущенію, что въ случаѣ передачи требованія новый кредиторъ, даже добросовѣстный, долженъ допустить противъ себя всѣ обоснованныя въ лицѣ передающаго возраженія. Полное выраженіе идея абстрактнаго общанія долга получила лишь въ институтѣ вексельномъ и бумагахъ по приказу, при которомъ добросовѣстный приобрѣтатель не зависитъ отъ всѣхъ связанныхъ со сдѣлкой юридическихъ поро-

¹⁾ О развитіи ср. Voltolini, *Acta Tirolens* II p. XLVIII сл. Ср. также документы Вероны за 1174 (*Arch. Veneto* IX p. 102): *spipulatione interposita promiserunt*; затѣмъ мои *Beitr. z. Privatrechtsgeschichte* I стр. 25 сл. Еще въ одномъ (показанномъ мнѣ) итальянскомъ документѣ за 1469 говорится: *per se et heredes suos faciens solemni stipulatione dare et solvere promisit...*

²⁾ Neubecker, *Arch. f. bürgerl. R.* XXII стр. 34 сл.

ковъ и уже свободный отъ какихъ-либо возраженій стоитъ противъ отвлеченнаго общанія; цѣль отвлеченнаго общанія уплаты долга состоитъ главнымъ образомъ въ томъ, чтобы сдѣлать изъ общанія предметъ оборота, подобно вещи способный переходить изъ рукъ въ руки, такъ чтобы пріобрѣтатель могъ твердо довѣряться пріобрѣтаемой имъ имущественной цѣнности.

Однако, несмотря на то, что абстрактный договоръ лишь не вполне удовлетворяетъ своей цѣли, онъ не совсѣмъ бесполезенъ; съ одной стороны для кредитора есть большое облегченіе уже одно то, что при предъявленіи иска онъ можетъ ограничиться ссылкой на одинъ лишь абстрактный договоръ, предоставляя противнику выдвигать весь арсеналъ возраженій, съ другой стороны и въ гражданскомъ правѣ бываютъ случаи, когда *exceptio doli* устраняется. Одинъ изъ такихъ случаевъ представляетъ собою принятіе приказа. Приказъ даетъ и въ гражданскомъ правѣ возможность устранить съ пути абстрактнаго договора всѣ связанныя съ нимъ матеріальныя сомнѣнія, такъ что объ *exceptio doli* уже не можетъ быть рѣчи, и пріобрѣтатель стоитъ передъ абстрактнымъ общаніемъ чистый отъ какихъ либо возраженій.

Сущность *приказа* состоитъ въ томъ, что приказодатель даетъ приказополучателю право совершить уплату такъ называемому приказодержателю; и если онъ это дѣлаетъ письменно, то приказополучатель можетъ подписью на приказѣ заявить о своемъ согласіи принять на себя обязательство по отношенію къ приказодержателю; но въ этомъ принятіи лежитъ абстрактный договоръ: въ римскомъ правѣ онъ заключался въ формѣ стипуляціи, у насъ въ формѣ письменнаго заявленія. Этотъ абстрактный договоръ не зависитъ отъ всѣхъ вызвавшихъ его матеріальныхъ обстоятельствъ; быть можетъ, приказополучатель принялъ приказъ лишь потому, что ошибочно думалъ, будто онъ самъ долженъ приказодателю и такимъ образомъ хотѣлъ погасить свой долгъ; съ другой стороны приказодержатель можетъ также стоять въ какомъ-либо дѣйствительномъ или мнимомъ отношеніи къ приказодателю, когда напр. приказодатель думаетъ, что онъ ему долженъ (можетъ быть совершенно ошибочно) или хочетъ ему что-либо подарить (хотя дареніе, можетъ быть, запрещено). Но всѣ эти обстоятельства нисколько не вліяютъ на абстрактный договоръ между приказополучателемъ и приказодержателемъ; если приказополучатель заблуждается относительно свойства своихъ отношеній къ приказодателю, то это ихъ дѣло; если, наоборотъ, приказодатель ошибочно

представляет себѣ свои отношенія къ приказодержателю, то это опять таки касается только ихъ однихъ. Абстрактный же договоръ между приказополучателемъ и приказодержателемъ не зависитъ отъ всѣхъ этихъ недостатковъ; такимъ образомъ мы и въ гражданскомъ правѣ имѣемъ случай, когда связанные съ сдѣлкой матеріальные вопросы устраняются отвлеченнымъ характеромъ договора и приказодержатель пріобрѣтаетъ прочную имущественную цѣнность съ того момента, какъ приказополучатель принимаетъ приказъ.

§ 83. Абстрактный характеръ поручительства выражается въ томъ, что по отношенію къ кредитору не имѣютъ значенія тѣ разнообразнѣйшіе мотивы, которые могли побудить поручителя взять на себя часто такую тяжкую гарантію. Обычно поручитель дѣлаетъ это для должника безвозмездно; онъ можетъ это сдѣлать, имѣя въ виду въ концѣ концовъ взять на себя самый долгъ; но большей частью онъ это дѣлаетъ, чтобы обезпеченіемъ главнаго долга оказать должнику услугу,—услугу, не идущую однако дальше обезпеченія, и поэтому онъ получаетъ противъ должника право регресса, но опять таки только регресса. Однако могутъ играть роль и особыя дѣловыя отношенія; такъ въ частности при торговомъ поручительствѣ, когда поручитель получаетъ за свою услугу особое возмѣщеніе, какъ во многихъ случаяхъ сдѣлокъ *dell'credere*. Но эти отношенія между поручителемъ и должникомъ не имѣютъ значенія для кредитора: передъ кредиторомъ поручитель беретъ на себя обязательство, независящее отъ его отношеній къ главному должнику, и въ этой мѣрѣ поручительство носитъ отвлеченный характеръ. Поэтому поручитель не можетъ противопоставить кредитору возраженія, обоснованныя на его отношеніяхъ къ должнику; онъ напр. отвѣчаетъ передъ кредиторомъ, даже если онъ взялъ на себя поручительство, думая, что онъ получилъ отъ должника возмѣщеніе или право на таковое, и во всемъ этомъ заблуждается.

Поэтому любой видъ абстрактныхъ обязательствъ способенъ дать форму для поручительства, въ томъ числѣ вексель и вексельная подпись. Однако гражданское уложеніе требуетъ непремѣнно одной формы, именно письменнаго заявленія объ обѣщаніи поручительства,—постановленіе, не имѣющее силы для торговаго поручительства; ср. §§ 766 гражд. улож. и 350 торг. улож.

Большія трудности, которыя въ пандектномъ правѣ причинило поручительство въ формѣ мандата—*mandatum qualificatum*—разрѣшены слѣдующимъ образомъ: такой мандатъ есть поручительство

за будущій долгъ, при которомъ однако поручитель можетъ отступить до тѣхъ поръ, пока обязательство между третьимъ лицомъ и повѣреннымъ еще не возникло, и послѣдній не открылъ соотвѣствующаго кредита; послѣ этого мандантъ поручитель отвѣчаетъ какъ обыкновенный поручитель (§ 778 гражд. улож.) ¹⁾.

Изъ привилегій поручителя гражданское уложеніе вычеркнуло право раздѣла (*beneficium divisionis*) и наоборотъ заимствовало не имѣющее практическаго значенія право поручителя требовать отъ кредитора, чтобы онъ раньше пробовалъ взыскать долгъ съ главнаго должника; это порожденіе византійскаго крючкотворства, которое Юстиніанъ извлекъ изъ тогдашняго греческаго права, мнимое средство, большей частью приводящее лишь къ проволочкамъ и затрудненіямъ. Торговый оборотъ вполнѣ основательно воспротивился этому праву и не допустилъ его въ торговомъ поручительствѣ (§§ 771 гражд. улож. и 349 торг. улож.).

Гражданское уложеніе сдѣлало, наоборотъ большой шагъ впередъ въ другомъ отношеніи. Пандектное право усиленно проводило мысль, что кредиторъ обязанъ передъ поручителемъ тѣснить и жать главнаго должника, а если онъ обходится съ нимъ снисходительно, то поручитель можетъ сложить съ себя отвѣтственность; поручитель какъ бы могъ прижать кредитора къ стѣнѣ и требовать отъ него, чтобы онъ въ теченіе извѣстнаго срока выступилъ противъ должника. Современное право отбросило всю эту мысль: кредиторъ добивается поручительства имепно для того, чтобы имѣть возможность оставаться съ должникомъ кроткимъ и снисходительнымъ, онъ поручительствомъ хочетъ освободить себя отъ всѣхъ трудностей и неприятностей, которыя связаны съ веденіемъ процесса противъ сомнительнаго должника; поручительство должно ему обезпечить спокойное состояніе его права на удовлетвореніе. Всему этому противорѣчить ходъ разсужденій пандектнаго права, покоившіяся на ложныхъ соображеніяхъ о справедливости по отношенію къ поручителю. Самому поручителю въ настоящее время помогли другимъ образомъ, — средствомъ, которое знало уже римское право: поручитель можетъ еще до уплаты выступить противъ должника, если положеніе послѣдняго существенно измѣнилось къ худшему и между прочимъ также и тогда, когда должникъ просрочилъ удовлетвореніе;

¹⁾ Ср. также Benedix, Arch. f. bürg. R. стр. 155 сл. Поэтому предписанная § 766 форма не относится къ кредитнымъ порученіямъ, рѣш. рейсгер. 31 января 1901 г. Z. f. Elsassz-Lothringen XXVII стр. 620.

по крайней мѣрѣ поручитель можетъ это сдѣлать, если онъ взялъ на себя поручительство не противъ воли должника, а оказалъ ему поручительствомъ услугу: въ такомъ случаѣ онъ можетъ требовать отъ должника, чтобы тотъ „не держалъ его связаннымъ“, а освободилъ или по крайней мѣрѣ далъ обезпеченіе. Это наилучшимъ образомъ отвѣчаетъ требованіямъ института; объ этомъ средствѣ говорить § 775 гражд. улож., оно находится уже въ fr. 38 § 1 mand. (17, Marcelles) и получило дальнѣйшее развитіе во французскомъ правѣ (ст. 2032 с. civ.). Иначе конечно обстоитъ дѣло, если кредиторъ положительно приносить поручителю вредъ тѣмъ, что отказывается отъ правъ, на которыя поручитель могъ рассчитывать при регрессѣ, см. § 776 гражд. улож. (соотвѣтствующій ст. 2037 С. civ.).

Книга четвертая.

Обязательства, возникающія въ силу созданія долговыхъ документовъ (creatio).

§ 84. Большой интересъ представляетъ ученіе гражданского уложенія о *бумагахъ на предъявителя*, такъ какъ здѣсь оно въ § 794 рѣшительно становится на сторону такъ много и даже страстно оспаривавшейся теоріи созданія (creatio). Какъ только ни боролись съ этой теоріей! Даже Гольдшмидтъ усердно сражался противъ нея въ теченіе всей своей жизни; и однако это единственная теорія, приводящая къ практически годнымъ результатамъ. Настоятельно необходимо, чтобы добросовѣстный пріобрѣтатель составленной и до выпуска украденной бумаги на предъявителя имѣлъ всѣ вытекающія изъ бумаги права. Если бы мы захотѣли предоставить эти права добросовѣстному пріобрѣтателю лишь въ томъ случаѣ, когда должникъ не только составилъ, но еще сознательно выпустилъ бумагу, то мы внесли-бы въ оборотъ невѣроятную необезпеченность: добросовѣстный пріобрѣтатель имѣлъ бы конечно эти права, если-бы бумага была выпущена и затѣмъ украдена, но не имѣлъ-бы ихъ, если-бы бумага была похищена до выпуска и такимъ образомъ попала въ публику. Все обезпеченіе, которое наше право въ вѣковой борьбѣ старалось дать добросовѣстному пріобрѣтателю, было бы уничтожено; и это ради какой-то теоретической конструкціи! Этому нисколько не противорѣчитъ право составителя долгового документа принять всѣ мѣры предо-

сторожности и напр. заявить въ самомъ документѣ, что послѣдній имѣетъ полную силу лишь въ томъ случаѣ когда на немъ стоятъ извѣстные знаки; пріобрѣтатель долженъ конечно съ своей стороны удостовѣриться, соотвѣтствуетъ ли видъ бумаги ея содержанію, и если онъ этого не дѣлаетъ, то рискъ на немъ. А затѣмъ онъ долженъ во всякомъ случаѣ имѣть всѣ вытекающіе изъ бумаги права; и если противъ сказаннаго выше выставляютъ тотъ фактъ, что не имѣетъ-же никакихъ правъ предъявитель подложнаго документа, хотя это также приводитъ къ указанной выше необезпеченности оборота, то это покоится на непониманіи отношеній. Въ послѣднемъ случаѣ положеніе вещей совершенно другое: противъ подлога никто не можетъ себя обезпечить и здѣсь было бы поэтому совершенно несправедливо и произвольно взыскать убытки на того, чья подпись поддѣлана; но всякій въ состояніи обезпечить себя такимъ образомъ, чтобы или вовсе не составлять бумагъ на предъявителя, или если онъ ихъ составляетъ, то не давать имъ преждевременно попадать въ оборотъ. Ему приходится расплачиваться, если онъ не принялъ всѣхъ мѣръ предосторожности или даже если бумага какъ нибудь пропала, несмотря на всѣ эти мѣры; это уже опасность, неизбежная для всякаго, кто составляетъ бумаги на предъявителя.

Поэтому нѣтъ ничего болѣе простаго и подходящаго для объясненія явленій, чѣмъ допущеніе, что долгъ возникаетъ съ момента написанія бумаги на предъявителя, но что до тѣхъ поръ пока должникъ по бумагѣ самъ является ея предъявителемъ, кредиторъ и должникъ совпадаютъ въ одномъ лицѣ и долгъ не получаетъ реального проявленія. Но какъ только бумага попадаетъ въ другія руки, появляется дѣйствительный кредиторъ, причемъ независимо, произошло ли это по волѣ или противъ воли должника. Такъ гласитъ теорія созданія (креація). Нѣтъ ничего удивительнаго, что въ историческомъ развитіи лишь постепенно пришли къ этому результату, ибо первоначально (несовершенная) бумага на предъявителя имѣла совсѣмъ другое значеніе.

Только такимъ образомъ объясняется также явленіе, что должникъ отвѣчаетъ предъ каждымъ предъявителемъ бумаги, независимо отъ событій въ лицѣ прежняго предъявителя; ибо когда Б пріобрѣтаетъ отъ А бумагу, все событіе слѣдуетъ представлять себѣ не такъ, что Б пріобрѣтаетъ требованіе А, а вотъ какъ: должникъ заявилъ, что онъ будетъ считать своимъ кредиторомъ всякаго будущаго предъявителя; когда А перестаетъ быть предъявителемъ и имъ дѣ-

ляется Б, то Б же дѣлается кредиторомъ, причемъ въ права кредитора онъ вступаетъ самостоятельно, въ силу акта созданія долгового документа; онъ вступаетъ въ эти права потому, что должникъ заявилъ, что онъ будетъ считать себя должникомъ всякаго будущаго предъявителя; онъ дѣлается кредиторомъ не потому, что онъ приобрѣтаетъ требованіе А, а потому, что онъ приобрѣтаетъ собственное требованіе въ силу сдѣланнаго должникомъ при составленіи бумаги заявленія. Поэтому не можетъ быть ничего яснаго того, что Б совсѣмъ не приходится заботиться о тѣхъ событіяхъ, которыя коснулись прежняго обязательства А.

Теорія созданія (креаціи) представляетъ собою тѣмъ меньше затрудненій, что, какъ уже было замѣчено, современное право знаетъ еще другіе случаи, когда обязательства возникаютъ въ силу односторонняго заявленія лица. Важный случай подобнаго рода мы имѣемъ въ видѣ правилъ внутренняго распорядка на фабрикахъ и заводахъ, о которыхъ уже было говорено выше. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ (какъ уже было замѣчено) кому-либо вступающему въ сдѣлки со множествомъ лицъ дозволяется издавать правила, обязательныя для всѣхъ вступающихъ съ нимъ въ договорныя отношенія. Это можетъ имѣть мѣсто какъ между рабочими и работодателями, такъ и между служащими обороту учрежденіями и публикой; право издавать такія правила имѣютъ также театры и подобныя имъ предпріятія. Многократно выражали мысль, что сила подобныхъ заявленій основана лишь на томъ, что вступая на ихъ почвѣ въ соглашеніе, другая сторона тѣмъ самымъ дѣлаетъ ихъ составной частью договора. Выше, однако, уже было указано, что съ такимъ мнѣніемъ нельзя согласиться; наоборотъ мы имѣемъ здѣсь дѣло съ односторонними заявленіями, которыя могутъ творить право и обязанности, все конечно въ предѣлахъ извѣстнаго круга и очень часто лишь съ дозволенія власти.

На важный вопросъ о томъ, собственникъ или владѣлецъ бумаги является кредиторомъ, гражданское уложеніе правильно отвѣтило, что право требованія имѣетъ собственникъ ¹⁾ или тотъ, кто управомоченъ на распоряженіе ею, должникъ же имѣетъ право

¹⁾ Собственникъ; поэтому, если бы кто-либо сталъ собственникомъ благодаря спецификаціи напр. благодаря сдѣланной на бумагѣ замѣткѣ, или приобрѣлъ бумагу какъ автограмму, то онъ отвѣчалъ-бы предъ тѣмъ, отъ кого онъ приобрѣлъ, по началамъ неправомернаго обогащенія; но должникъ также могъ бы противопоставить ему *exceptio doli*.

платить и простому владѣльцу. Простой владѣлецъ есть поэтому приниматель уплаты, *solutionis causa adiectus*, платежъ которому во всякомъ случаѣ освобождаетъ должника отъ его обязанностей. Это очень удачно разрѣшаетъ затрудненія. Должникъ имѣетъ поэтому право платить простому владѣльцу, но не обязанъ этого дѣлать. Онъ можетъ отказать въ уплатѣ, если онъ его считаетъ, напр., воромъ или инымъ нечестнымъ пріобрѣтателемъ. Лишь слѣдуетъ при этомъ замѣтить вотъ что: если должникъ отказываетъ владѣльцу въ уплатѣ безъ уважительныхъ причинъ, и владѣлецъ затѣмъ оказывается собственникомъ, то должникъ обязанъ возмѣстить ему возникшій благодаря этой проволочкѣ ущербъ. Представимъ себѣ, напр., что театральная или желѣзнодорожная администрація отказала кому-либо въ томъ, на что онъ могъ претендовать въ силу имѣвшагося у него въ рукахъ билета, требуя доказательствъ, что онъ не только владѣлецъ, но и собственникъ билета, т. е. что онъ его не укралъ и не пріобрѣлъ какимъ-либо другимъ нечестнымъ образомъ: желѣзная дорога и театръ должны нести возникающій благодаря этому отказу ущербъ. Это не противорѣчитъ теоріи, признающей кредиторомъ лишь собственника, а есть лишь ближайшій выводъ изъ нея: кто, не возбуждая основательнѣйшихъ сомнѣній, выступаетъ владѣльцемъ движимой вещи, долженъ почитаться какъ ея собственникъ не только въ другихъ случаяхъ, но именно при бумагахъ на предъявителя (ср. §§ 783 и 1006 гражд. улож.). Практически правильный выходъ состоитъ въ томъ, чтобы должникъ въ такихъ случаяхъ уплатилъ независимо отъ возраженій, но требовалъ отъ предъявителя удостовѣренія личности, дабы ошибки могли быть исправлены.

Различіе между кредиторомъ и принимателемъ уплаты выступаетъ наружу еще въ слѣдующемъ отношеніи: недѣлимая бумага на предъявителя индивидуализируется, если предъявитель получилъ часть уплаты; съ этого момента онъ одинъ имѣетъ право требовать остатка уплаты. Но и здѣсь всякій предъявитель бумаги есть приниматель уплаты въ томъ смыслѣ, что, уплачивая ему, должникъ освобождается отъ долга: онъ освобождается въ той мѣрѣ, что дѣйствительный кредиторъ не можетъ болѣе требовать остатка уплаты; имѣетъ съ тѣмъ онъ платить недолжное, такъ какъ обязательство онъ несетъ лишь передъ дѣйствительнымъ кредиторомъ, а не передъ предъявителемъ и такъ какъ онъ могъ бы избѣжать уплаты, если-бы дѣйствительный кредиторъ болѣе не могъ или не хотѣлъ своевременно принять ее; онъ можетъ поэтому требо-

вать возвращенія исполненнаго по началамъ неправоу́рнаго обогащенія. Такой именно случай мы имѣемъ при билетахъ на проѣздъ туда и обратно: весь билетъ представляетъ собою нѣчто единое; а если при проѣздѣ назадъ имъ пользуется другой, чѣмъ при проѣздѣ впередъ, то со стороны желѣзной дороги это есть исполненіе недолжнаго, поскольку нельзя было разсчитывать, что для проѣзда назадъ имъ воспользуется первоначальный предъявитель, использовавшій его для проѣзда впередъ. Иначе обстоитъ дѣло, когда два лица лишь обмѣниваются своими билетами на обратный проѣздъ (съ одинаковыми сроками годности), что впрочемъ всетаки совершенно не заслуживаетъ поощренія.

Важное повышеніе въ правѣ бумагъ на предъявителя представляетъ собою признаніе самостоятельности процентныхъ купоновъ. Процентные купоны съ одной стороны суть проценты и какъ таковыя подлежатъ установленнымъ для процентовъ особымъ ограниченіямъ, какъ это признается также исключительнымъ характеромъ постановленія § 247 гражд. улож. Во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ они подняты до высоты самостоятельныхъ обязательствъ, существующихъ независимо отъ главнаго долга, и потому способныхъ продолжать свое существованіе, хотя бы главный долгъ пересталъ быть процентнымъ и подлежалъ погашенію напр. благодаря выходу бумаги въ тиражъ (§ 803 гражд. улож.). Конечно, въ такихъ случаяхъ проценты поѣдаютъ капиталъ; поэтому если напр. представляющая главный долгъ бумага вышла въ тиражъ, а предъявитель, не вѣдая того, продолжалъ получать проценты, то онъ все это время жилъ на капиталъ, а когда сумма полученныхъ процентовъ достигаетъ размѣровъ капитала, то капиталу конецъ. Это конечно не особенно пріятное явленіе, настоятельно требующее величайшей внимательности въ надзорѣ за тиражами. Съ другой стороны было желательно не ограничивать обращеніе процентныхъ купоновъ и дать имъ возможность фигурировать въ оборотѣ въ качествѣ дѣйствительнаго платежнаго средства. Можно поэтому рекомендовать не выпускать заразъ слишкомъ много процентныхъ купоновъ и по крайней мѣрѣ при выпускѣ новыхъ соображаться съ количествомъ погашенныхъ.

Приведенное постановленіе не относится къ дивиденднымъ купонамъ при акціяхъ (§ 228 торг. ул.); они не могутъ также служить платежнымъ средствомъ, по крайней мѣрѣ тѣ купоны, которые даютъ право на будущіе дивиденды, такъ какъ самый размѣръ послѣднихъ совершенно неизвѣстенъ и въ большинствѣ случаевъ не поддается точнымъ исчисленіямъ.

Дальнѣйшій шагъ въ развитіи права бумагъ на предъявителя состоитъ въ томъ, что „изъятіе изъ обращенія“ само „изъято изъ обращенія“. Оно не имѣетъ болѣе силы: часто практиковавшаяся раньше, между прочимъ при бумагахъ принадлежащихъ подопечнымъ и учрежденіямъ, помѣтка предъявителя о томъ, что бумага перестаетъ быть бумагой на предъявителя и требованіе закрѣпляется за нимъ и навсегда, не имѣетъ больше никакого значенія. Если хотятъ превратить бумагу въ именную то должникъ долженъ ее переписать, къ чему онъ однако (по общему правилу) не обязанъ. Болѣе того, даже изъятія изъ обращенія прежнихъ временъ потеряли свою силу (§ 806 гражд. улож., ст. 176, но также ст. 101 закона о введеніи въ дѣйствіе гражд. улож.).

Наоборотъ остался институтъ объявленія документовъ *ничтожными*, т. е. институтъ, въ силу котораго по предположенію уничтоженные или даже пропавшіе документы могутъ быть потребованы къ заявленію, съ указаніемъ, что если въ теченіе извѣстнаго срока никто не заявится, они объявляются ничтожными. Это незамѣнимое средство, между прочимъ въ случаяхъ грабежа и кражи. Впрочемъ, если бумага попала въ руки добросовѣстнаго пріобрѣтателя, то противъ него нельзя ничего возразить (§ 799, 935 гражд. улож. § 1003 сл. уст. гр. судопр.).

Книга пятая.

Обязательства, возникающія въ силу оказанія помощи.

§ 85. Объективному праву приходится обратить вниманіе также на случаи, когда кто-либо своими дѣйствіями удовлетворяетъ интересы другихъ. Тутъ могутъ имѣть мѣсто различныя явленія. Доставляемая другому выгода можетъ быть невольной, когда дѣйствующій хочетъ работать въ собственномъ интересѣ и, не желая того, работаетъ въ интересѣ другого; напр. кто-либо, считая чужую вещь своей, производитъ на нее расходы. Въ такомъ случаѣ расходующійся имѣетъ право на возмѣщеніе, хотя и ограниченное: римское право давало ему лишь право удержанія; въ Германіи даютъ ему также право требованія, но такое, при которомъ собственникъ такимъ образомъ обогащенной вещи можетъ освободиться выдачей вещи (ср. § 1001 гражд. улож.). Во всякомъ случаѣ обогащенный отвѣчаетъ при этомъ не выше размѣровъ своего обогащенія (§§ 687, 684, 812, 818 гражд. улож.). Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло, когда кто-либо дѣйствовалъ не въ собственномъ интересѣ, а въ интересѣ

другого и сознательно заботился о его благѣ. Въ такомъ случаѣ современное право даетъ ему притязаніе на возмѣщеніе при условіи, что такое вмѣшательство въ чужія дѣла оправдывалось объективнымъ положеніемъ вещей и не противорѣчило законной волѣ хозяина (§§ 683, 678, 670 гражд. улож.). Здѣсь говорятъ о веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія, носившемъ въ римскомъ правѣ названіе *negotiorum gestio*; существенно то, что расходующійся можетъ требовать возмѣщенія всѣхъ расходовъ, которые онъ по обстоятельствамъ случая могъ считать нужными, т. е. которые онъ считалъ или, не будучи повиненъ въ небреженіи, могъ считать полезными; онъ можетъ ихъ требовать, хотя-бы затѣмъ результатъ его дѣятельности погибъ; напр. сосѣдъ вставилъ стекла въ окна отсутствующаго домохозяина, чтобы защитить домъ отъ дождя и вѣтра; затѣмъ, еще до возвращенія хозяина, домъ сгораетъ: сосѣдъ имѣетъ притязаніе на возмѣщеніе; иначе никто-бы не былъ склоненъ заботиться объ отсутствующихъ сосѣдяхъ, а это привело-бы къ общей невыгодѣ и ущербу.

Но возможенъ также второй случай, когда кто-либо дѣйствуетъ въ интересахъ двухъ участниковъ, именно своемъ и чужомъ, когда оба интереса нераздѣльны, и дѣятельность идетъ сразу на пользу обоимъ. Такъ при водномъ сервитутѣ пользующіеся водопроводомъ собственникъ и управомоченный по сервитуту оба могутъ быть заинтересованы въ какомъ-либо сооруженіи, которое одинъ изъ нихъ строить для этой цѣли. То же самое возможно и въ жизни государства: государство строить сооруженія, служащія государству и одновременно удовлетворяющія городскія потребности. Въ такомъ случаѣ расходующійся не можетъ правда требовать полного возмѣщенія, но можетъ требовать соотвѣтствующаго удовлетворенія. Здѣсь вполнѣ примѣнимы начала, установленныя на случай общности права (§ 748 гражд. улож.); эти начала большей частью приурочиваются къ случаю, когда интересы обѣихъ сторонъ заключаются въ сособственности или другомъ какомъ-либо правѣ съ характеромъ общности; однако общій интересъ возможенъ и безъ общаго права, именно, когда одинъ и тотъ-же расходъ идетъ на пользу двумъ имущественнымъ массамъ, когда такимъ образомъ двѣ имущественныя массы имѣютъ общую сферу удовлетворенія.

Наконецъ мыслимъ еще третій случай, когда кто-либо дѣйствуетъ въ собственномъ интересѣ и другіе извлекаютъ изъ его дѣйствій выгоду лишь при посредствѣ обстоятельствъ; напр. кто-нибудь разводитъ паркъ, благодаря которому выигрываютъ сосѣд-

нія жилища, повышающіяся въ цѣнности. Дѣлающій это, очевидно, не имѣетъ никакого права требовать отъ своихъ сосѣдей участія въ расходахъ и, наоборотъ, сосѣди конечно пользуются выгодами парка лишь до тѣхъ поръ, пока владѣлецъ его сохраняетъ, имѣя въ каждую минуту полное право срубить паркъ и застроить его зданіями. Сосѣди могутъ въ послѣднемъ случаѣ такъ-же мало требовать возмѣщенія, какъ онъ могъ въ первомъ случаѣ требовать удовлетворенія. Подобнымъ-же образомъ городъ не имѣетъ никакихъ притязаній къ государству, если городскія сооруженія, привлекая жителей, увеличиваютъ размѣры взимаемыхъ государствомъ налоговъ; вопросъ о томъ, имѣютъ-ли союзы бѣдныхъ притязаніе противъ разбогатѣвшихъ благодаря ихъ поддержкѣ бѣдняковъ, рѣшаютъ мѣстныя законодательства (ст. 103 закона о введен. въ дѣйств. гражд. улож.). Трудность ученія состоитъ въ различеніи между вторымъ и третьимъ случаями.

II. Обязанности давать удовлетворенія и оказывать помощь.

§ 86. Однимъ изъ величайшихъ изобрѣтеній римскаго права является ученіе о *неправомѣрномъ обогащеніи*, хотя слѣдуетъ признать, что римскія разсужденія о *condictio sine causa* страдаютъ нѣкоторой неясностью, и во всякомъ случаѣ все ученіе лишено тамъ выразительной законченности. Но все же остается великая мысль, что тотъ, кто неправомѣрно обогатился, долженъ обратно выдать обогащеніе. Только при этомъ условіи правовая система принимаетъ законченный характеръ, и право получаетъ защиту противъ своихъ собственныхъ несправедливостей ¹⁾.

Въ рядѣ случаевъ право само приводитъ къ несправедливости и нуждается въ самоисправленіи. Это относится во-первыхъ къ вещнымъ отношеніямъ, при конструкціи которыхъ объективное право часто совершенно не въ состояніи не нарушать чьихъ-либо правъ, если оно вообще хочетъ прійти къ какой-либо сносной ихъ регуляровкѣ; напр., благодаря застройкѣ или иному соединенію чужая вещь переходитъ въ собственность того, въ чье зданіе она застроена, или съ чьей почвой она соединена; если-бы мы не захотѣли признать здѣсь положенія, что часть слѣдуетъ за цѣлымъ, то все вещ-

¹⁾ Эта мысль подобная той, которую Штаммлеръ (Festgabe für Fitting) развилъ о реакціи справедливаго права противъ технически формальнаго права. Нѣчто подобное я уже высказалъ въ своемъ „Введеніи въ науку права“.

ное право пришло-бы въ безпорядокъ. Право должно быть такимъ образомъ несправедливымъ; но ученіе о неправомерномъ обогащеніи даетъ возможность внести соотвѣтствующую поправку. Обогащеніе можетъ быть неправомернымъ еще другимъ способомъ, напр. въ случаѣ лишенія владѣнія: здѣсь владѣльческій искъ и притязаніе на возвращеніе неправомернаго обогащенія приводятъ къ одной и той-же цѣли.

Подобный случай мы имѣемъ предъ собою, во-вторыхъ, въ развитіи обязательственныхъ отношеній. Законодательству нѣтъ иногда другого выхода, какъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ объявить должника свободнымъ, хотя-бы онъ уплатилъ неуправомоченному лицу (ср. §§ 851, 1058, 2367 гражд. улож.). Въ такомъ случаѣ приниматель уплаты неправомерно обогащается; обогащенія-бы не было, если-бы онъ былъ обязанъ обратно выдать уплаченное, чего однако нѣтъ, такъ какъ должникъ отъ своего обязательства освобождается (§ 816 гражд. улож.).

Дальнѣйшій, въ 3-хъ, случай самоисправленія права мы имѣемъ предъ собою въ гражданскомъ оборотѣ въ силу слѣдующаго начала. Проявляющіяся въ оборотѣ дѣятельности связаны между собою и взаимнымъ своимъ содѣйствіемъ даютъ единый хозяйственный результатъ. Но съ другой стороны регулирующее оборотъ право требуетъ, чтобы эти отдѣльныя дѣятельности были независимы другъ отъ друга, и каждая получала самостоятельную конструкцію, такъ какъ только въ такомъ случаѣ обороту будетъ обеспечена необходимая прочность. Все это вполне совмѣстимо, пока дѣло идетъ въ порядкѣ, но иногда возникаютъ препятствія и недоразумѣнія; порядокъ нарушается, вещная передача отдѣльныхъ дѣйствій отрывается отъ цѣлаго, которое только какъ цѣлое могло бы привести къ правильному результату. Напр. уплаченъ несуществующій долгъ; переданное дѣлается собственностью получившаго. Это было бы справедливо, если бы долгъ существовалъ, но долгъ не существуетъ, и потому весь результатъ не имѣетъ оправданія. *Виндшейдъ* пытался объяснить все явленіе своей теоріей предположеній. Это правильно; но предположеніе есть лишь другое выраженіе того, что вещная передача, оставаясь, правда, самостоятельной, въ силу выраженной въ оборотѣ воли стоитъ въ хозяйственной связи съ извѣстной, долженствующей быть достигнутой, цѣлью. Вообще о предположеніи можно говорить всякій разъ, когда въ оборотѣ проявляется воля придать различнымъ дѣятельностямъ единый характеръ, и несмотря на это вещный результатъ остается

независимымъ отъ этой связи; слово „предположеніе“ выражаетъ лишь то хозяйственное единство, которое остается, несмотря на самостоятельность отдѣльной дѣятельности вещно-правового характера, въ нашемъ случаѣ передачи собственности. Подобнымъ образомъ что-либо можетъ быть передано для будущей цѣли, причемъ здѣсь также будущая цѣль можетъ стоять въ хозяйственной связи съ переданнымъ, не возбуждая сомнѣній въ самостоятельномъ характерѣ вещной передачи; напр. я передаю кому либо въ распоряженіе имущественные объекты въ твердой увѣренности, что онъ станетъ городскимъ головой, чтобы онъ ихъ въ этомъ качествѣ употребилъ. Особый случай мы имѣемъ предъ собою, когда передача произошла на основаніи ничтожной или недѣйствительной сдѣлки; здѣсь также передача произведена въ связи, которую стороны предполагали существующей, но которой на самомъ дѣлѣ не было.

Слѣдующій случай самоисправления со стороны законодательства мы находимъ, въ 4-хъ, въ борьбѣ съ несправедливостью. Законодательство исходитъ изъ той мысли, что притязаніе на возмѣщеніе ущерба противъ лица, затронувшаго чужое имущество, возможно лишь при условіи этической съ его стороны вины; это приводитъ къ несправедливости, когда, при отсутствіи этической вины, содѣявшій обогащается во вредъ чужому имуществу. Правосудіе должно однако при этомъ принять во вниманіе всѣ обстоятельства. Если кто либо въ доброй вѣрѣ приобрѣтаетъ чужую вещь и пользуется ею, то плоды дѣлаются его собственностью; несмотря на это, онъ не обязанъ возмѣстить выгоды и обычные (т. е. обычно извлекаемые) плоды, полученные до возбужденія процесса; онъ обязанъ сдѣлать это лишь въ томъ случаѣ, если онъ приобрѣлъ чужую вещь безвозмездно или владѣетъ ею безъ титула (§§ 988, 993, 2020 гражд. улож.). Ибо если онъ уплатилъ за чужую вещь, то онъ самъ терпитъ убытки, а плоды и выгоды покрываются уплаченной суммой: онъ не обогатился. Если онъ отчуждаетъ чужую вещь, то покупная цѣна его также не обогащаетъ, за исключеніемъ одного случая,—когда приобрѣтатель въ силу доброй вѣры дѣлается собственникомъ чужой вещи. Въ этомъ именно случаѣ отчужденіе сдѣлало его богаче, чѣмъ онъ былъ послѣ безвозмезднаго приобрѣтенія, вотъ какимъ путемъ: благодаря отчужденію третье лицо приобрѣло выгодное для него, отчуждателя, право, такъ какъ оно освобождаетъ его отъ опасности регресса со стороны приобрѣтателя, и эта выгода отчуждателя не возмѣщается

прежней его платой за вещь, такъ какъ та возмездная сдѣлка не сдѣлала его собственникомъ. Такъ § 816 гражд. улож.

Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ законодательство постановляетъ, что потерпѣвшій можетъ требовать обратной выдачи неправомѣрнаго обогащенія и, конечно, прежде всего выдачи полученнаго вмѣстѣ съ извлеченной изъ него выгодой. Часто обязанность выдачи повышается до ответственности получателя даже за тѣ выгоды, которыя онъ могъ извлечь, за проценты и за небрежное обхожденіе съ вещью. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда приобрѣтеніе было завѣдомо неправомѣрное, а затѣмъ ответственность бываетъ повышенной еще въ томъ случаѣ, когда приобрѣтатель сдѣлалъ свое приобрѣтеніе въ ожиданіи неизвѣстнаго событія въ будущемъ, и это событіе не наступило; ибо тутъ онъ долженъ былъ бы помнить, что его приобрѣтеніе еще сомнительное, и что онъ еще не можетъ обходиться съ вещью какъ съ окончательно своей. Конечно, обязанность платить проценты можетъ здѣсь основательно возникнуть лишь съ того момента, когда приобрѣтатель узнаетъ о томъ событіи, которое дѣлаетъ его приобрѣтеніе неправомѣрнымъ. Въ иныхъ случаяхъ ответственность понижается, и получатель отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ своего наличнаго обогащенія, такъ напр. если кто либо получилъ несуществующій долгъ и затѣмъ дальше отчудилъ вещь за ничтожную цѣну (§§ 818, 819 гражд. улож.).

Большимъ нововведеніемъ гражданскаго уложенія въ сравненіи съ пандектнымъ правомъ является постановленіе, что если получатель неправомѣрнаго обогащенія подарилъ кому либо вещь, то одаренный отвѣчаетъ такимъ же образомъ, какъ его предшественникъ, хотя конечно мягче въ случаѣ доброй съ его стороны вѣры. Напр. А сдѣлался собственникомъ земельного участка, добросовѣстно приобрѣти его сообразно § 892 гражд. улож. на основаніи записи въ вотчинной книгѣ. Если его приобрѣтеніе дарственное, то вещь можетъ быть отъ него потребована обратно, такъ какъ его предшественникъ въ правѣ обогащенъ по крайней мѣрѣ уже тѣмъ, что онъ дѣйствительнымъ образомъ подарилъ чужую вещь, и эта подаренная вещь осталась собственностью одареннаго (§§ 816, 822 гражд. улож.). Раньше было уже упомянуто, что, если кто либо отдалъ вещь на основаніи безнравственной сдѣлки, онъ не можетъ требовать ее обратно, несмотря на обогащеніе получателя.

§ 87. Главный случай *обязанности къ уравненію* состоитъ въ слѣдующемъ.

Вообще говоря должникъ, не смотря на то, что онъ должникъ,

сохраняетъ право свободнаго распоряженія своимъ имуществомъ. Однако онъ не долженъ употреблять свою свободу во зло, чтобы злоумышленнымъ образомъ лишить кредиторовъ имущества, а ихъ требованія реальной опоры. Это имѣетъ тѣмъ большее значеніе, что въ настоящее время личность уже не отвѣчаетъ болѣе, какъ заложникъ, за свои долги. Здѣсь слѣдуетъ сказать слѣдующее. Если кто либо обязался къ исполненію чего либо, то конечно, онъ не можетъ считаться обязавшимся дѣлать все, что необходимо для того, чтобы сдѣлать это исполненіе возможнымъ; кто напр. обязался доставить какой либо предметъ, не можетъ считаться также обязавшимся разработать средства, необходимыя, чтобы приобрести себѣ этотъ предметъ. Но нельзя не признать нарушеніемъ нравственнаго требованія въ томъ случаѣ, если кто либо намѣренно стремится лишить себя платежныхъ средствъ, чтобы сдѣлать свое обязательство неисполнимымъ. Болѣе того, такое поведеніе не правомѣрно даже по отношенію къ кредиторамъ, имѣющимъ появиться лишь въ будущемъ. Уже римское и древнегерманское право исходили изъ этой мысли, хотя тамъ, при личной отвѣтственности должника, подобныя предосторожности были гораздо менѣе необходимы, чѣмъ у насъ. Въ частности мы уже въ древнегерманскомъ правѣ находимъ правила, карающія штрафами должника, удаляющаго свое имущество, и такъ называемыя укрывательскія сдѣлки очень часто объявлялись недействительными. Въ римскомъ правѣ противъ такихъ дѣйствій должника существовали разныя мѣры, изъ которыхъ долѣе всѣхъ удержалась одна, *actio Pauliana*. Сущность этого иска состоитъ въ слѣдующемъ: если должникъ отчуждалъ вещи, намѣренно желая причинить тѣмъ вредъ кредитору, то кредиторъ могъ требовать ихъ выдачи отъ третьяго приобретателя, поскольку этотъ третій раздѣлялъ это намѣреніе, или поскольку его приобретеніе было дарственнымъ; въ послѣднемъ случаѣ приобретатель отвѣчалъ лишь въ размѣрѣ своего обогащенія. Этотъ искъ перешелъ въ пандектное право, но оказался недостаточнымъ и новѣйшіе законы значительно расширили его; такъ прежде всего въ случаѣ конкурса дошли до мысли относить время открытаго учрежденія конкурса болѣе или менѣе назадъ и по крайней мѣрѣ смотрѣть на непосредственно предшествовавшее конкурсу несчастное, нехозяйственное время такъ, чтобы нѣкоторые заключенныя въ это время сдѣлки считать подлежащими оспариванію. Впрочемъ это относится къ области конкурснаго права. Наоборотъ такъ называемый законъ объ оспариваніи отъ 21 іюля 1879 г., подвергшійся

измѣненію въ 1898 году, коснулся также вопросовъ, лежащихъ внѣ конкурса, и между прочимъ постановляетъ, 1) что если въ теченіе послѣднiго года родственникамъ были сдѣланы представленія, объективно нарушающія интересы кредиторовъ, то устанавливается презумція, что должникъ хотѣлъ нарушить эти интересы, а родственники объ этомъ знали, и 2) что даренія послѣднiго года (и если дареніе совершено между супругами—то двухъ послѣднихъ лѣтъ) всегда подлежатъ оспариванію, хотя бы о подобномъ намѣреніи или о подобномъ знаніи не могло быть и рѣчи. Недозволенное дѣйствіе не есть поэтому необходимое предположеніе притязанія на оспариваніе обязательствъ должника, подобно притязанію изъ неправоуѣрнаго обогащенія; послѣднее можетъ получить основаніе въ простомъ стеченіи обстоятельствъ.

Приобрѣсти право оспариванія обязательствъ должника можно также на основаніи титула взысканія по требованію, которому наступилъ срокъ, причемъ однако требуется, чтобы въ свое время понудительное взысканіе съ имущества должника не могло состояться за недостаткомъ готовыхъ средствъ. Въ этомъ случаѣ кредиторъ можетъ послать третьему лицу заявленіе, что онъ оспоритъ сдѣлку, результатомъ чего является то, что это третье лицо будетъ обязано по началамъ неправоуѣрнаго обладанія предоставить требуемое въ распоряженіе кредитора такимъ образомъ, чтобы послѣдній могъ направить на него понудительное взысканіе; причемъ недобросовѣстное третье лицо обязано полностью выдать полученное или его стоимость независимо отъ того, что онъ самъ за него уплатилъ, между тѣмъ какъ добросовѣстное, въ частности получившій въ даръ, отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ своего обогащенія. Если оспариваніе такимъ образомъ состоялось, то кредиторъ получаетъ притязаніе на оспариваніе и возраженіе объ оспариваніи. Притязаніе на оспариваніе онъ получаетъ, если оспариваніе послѣдовало въ надлежащій срокъ путемъ дошедшаго до третьяго лица заявленія; срокъ этотъ равенъ десяти годамъ, если онъ не короче согласно сказанному выше (въ конкурсѣ—одному году). Возраженіе объ оспариваніи не ограничено срокомъ.

Притязаніе на оспариваніе есть притязаніе обязательственнаго характера: третье лицо обязано выдать предоставленное ему, по оно не выпадаетъ въ силу оспариванія само собою изъ его имущественной сферы ¹⁾.

¹⁾ Leitfaden des Konkursrechts изд. стр. 138. Такъ же рѣшаетъ вопросъ

Притязаніе всегда можетъ быть осуществлено противъ того, кто въ свою очередь приобрѣлъ отъ приобретателя, если онъ приобрѣлъ безвозмездно; въ другихъ случаяхъ лишь при условіи, что онъ при своемъ приобретеніи былъ въ недоброй вѣрѣ, т. е. зналъ, что его предшественникъ сдѣлалъ свое приобретеніе такимъ образомъ, что подлежалъ оспариванію; это предполагается, если оба приобретателя суть лица, близко между собою связанные.

§ 88. Помимо обязанностей давать удовлетвореніе того или другого рода, правопорядокъ приноситъ съ собою еще рядъ обязанностей *оказывать помощь*. Это конечно слѣдуетъ понимать не въ томъ смыслѣ, что каждый юридически обязанъ оказывать своимъ ближнимъ неограниченную помощь, а такъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ, когда на одной сторонѣ существуетъ большая потребность, а другой сторонѣ удовлетвореніе этой потребности будетъ стоить незначительнаго обремененія, вторая обязана помогать первой въ достиженіи ея жизненныхъ цѣлей. Такую обязанность оказывать помощь мы имѣемъ 1) въ видѣ обязанности дозволить выемку, если чужой предметъ попалъ на какой либо участокъ. Такое право выемки имѣетъ собственникъ вещи, а если владѣлецъ участка еще не взялъ вещи во владѣніе, то также владѣлецъ вещи, изъ охраны котораго она вышла. Совсѣмъ особеннымъ образомъ это правомочіе дается тому, кто по полямъ и лугамъ преслѣдуетъ улетѣвшій рой: онъ имѣетъ право ходить по чужой землѣ и даже можетъ открыть чужой улей и разобрать соты (ср. §§ 1005, 867, 962 гражд. улож.). 2. Второй видъ обязанности оказывать помощь мы имѣемъ въ видѣ обязанности предъявленія, подъ понятіе котораго подходитъ какъ предъявленіе вещей вообще, такъ и предъявленіе документовъ въ частности (*exhibitio, editio*). Предъявленія вещей можно требовать, когда желательно удостовѣриться, тождественна ли та вещь, которою владѣетъ другой, съ той, которую хотятъ виндицировать. Это важно, такъ какъ легко можетъ быть, что тотъ, у кого вещь потеряна, ошибается, а предъявлять виндикацію на вѣтеръ не экономно. Объективное право должно поэтому придти виндиканту на помощь, а это возможно только тѣмъ путемъ, что ему вещь будетъ показана для осмотра. Предъявленіе документовъ имѣетъ еще другія цѣли, такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ о томъ, чтобы изъ документовъ почерпнуть свѣдѣнія объ юридическихъ отношеніяхъ. Само собою по-

нятно, что обязанность такого предъявленія не можетъ быть безусловной: нѣтъ закона, который бы обязывалъ владѣльца документовъ, содержаніе которыхъ можетъ быть кому либо интересно ради его юридическихъ отношеній, предъявлять ихъ ему; да это было бы въ высшей степени стѣснительно и очень часто приводило бы лишь къ раскрытію чужихъ тайнъ. А такое притязаніе дается въ случаѣ такъ назыв. общихъ документовъ, т. е. тогда, когда документы составлены исключительно или между прочимъ въ интересахъ того, кто требуетъ ихъ предъявленія (ср. §§ 809, 810 гражд. улож.).

Прежде главнымъ случаемъ обязанности предъявленія была обязанность предъявленія завѣщаній; въ настоящее время положеніе измѣнилось, такъ какъ завѣщанія должны быть доставляемы въ судъ, вѣдающій наслѣдство, и уже судъ обязанъ показывать ихъ заинтересованнымъ лицамъ и выдавать имъ копии (§ 2264). Другія обязанности оказывать помощь вытекаютъ изъ отношеній торгового и морского права, напр. обязанность взять на судно лицъ находящихся въ нуждѣ на морѣ (имп. зак. 2 іюня 1902 г.) или отношеній, регулированныхъ мѣстными законодательствами, какъ напр. горнаго права; напр. прусскій горный законъ § 135 сл., баварскій § 129 сл.

III. Реакція противъ недозволенныхъ дѣйствій.

§ 89. Ученіе объ отвѣтственности за недозволенные дѣйствія ¹⁾ въ общемъ своемъ составѣ нашло въ гражданскомъ уложеніи правильную регулировку. Нарушившій чужое право, умышленно или по небреженію, отвѣчаетъ за возмѣщеніе ущерба. Это начало болѣе или менѣе признавалось уже въ пандектномъ правѣ, но тамъ еще пользовались древне-римскими шаблонами, *actio legis Aquiliae*, *actio doli* и т. д. Гражданское уложеніе выражается болѣе современно. Оно обращаетъ вниманіе и беретъ подъ свою защиту права всякаго рода; къ числу этихъ правъ прежде всего принадлежатъ права личности. Но гражданское уложеніе помимо того выставляетъ еще слѣдующее положеніе: разъ нашъ правовой порядокъ устанавливаетъ общую обязанность дѣйствовать въ защиту другихъ, то нарушившій эту обязанность отвѣтствененъ передъ тѣми, чьи инте-

¹⁾ Правильнѣе было бы сказать: за недозволенное поведеніе, такъ какъ сюда относятся также упущенія.

ресы пострадали вслѣдствіе такого нарушенія; ибо они лишены той защиты, которую правовой порядокъ хотѣлъ имъ доставить. Этимъ на ряду съ правами ставится еще нѣчто другое, именно интересы, защищаемые запрещеніями закона и прежде всего предписаніями полицейскаго характера. Разъ напр. уголовное уложеніе возлагаетъ на насъ обязанность доносить о приготовляхъ къ какому либо преступленію напр. убійству, дабы преступленіе еще могло быть предупреждено, то отсюда слѣдуетъ сдѣлать такой выводъ: если кто либо этой обязанности не исполнилъ, то онъ несетъ за убійство гражданскую отвѣтственность и долженъ возмѣстить ущербъ тѣмъ лицамъ, которые отъ убійства пострадали. Разъ наши законы о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ въ интересахъ защиты рабочихъ обязываютъ хозяевъ принять извѣстныя мѣры, чтобы обезпечить рабочему люду жизнь и здоровье, то не принявшій этихъ мѣръ отвѣчаетъ потерпѣвшему за ущербъ. Кто обязанъ въ цѣляхъ безопасности плаванія выставять защитные знаки, напр. сигнальные огни, и этого не дѣлаетъ, отвѣчаетъ, если судно вслѣдствіе этого причинить несчастіе. Другими словами всякій отвѣчаетъ за ущербъ, возникшій вслѣдствіе неисполненія установленныхъ въ интересахъ человечества обязанностей; онъ отвѣчаетъ независимо отъ того, есть или нѣтъ между его дѣйствіемъ и ущербомъ та связь, которая могла бы сдѣлать его отвѣтственнымъ уже по общимъ началамъ гражданскаго права ¹⁾. Напр. община обязалась заботиться объ освѣщеніи, посыпкѣ скользкаго льда, и вслѣдствіе неисполненія обязательства произошелъ несчастный случай ²⁾. На этомъ основана также отвѣтственность чиновниковъ; начала установлены для должностныхъ лицъ судебного вѣдомства по отношенію къ ихъ приговорамъ (рѣшеніямъ), § 339 гражд. улож. ³⁾.

Современное выраженіе для существующаго уже правила даетъ извѣстное постановленіе § 826. Кто умышленно дѣйствуетъ противъ добрыхъ нравовъ, обязанъ возмѣстить ущербъ. Здѣсь пре-

¹⁾ Такъ даже въ томъ случаѣ, когда при постройкѣ, вопреки § 367 цифр. 14 угол. улож., не были предприняты необходимыя предупредительныя мѣры. Рейхсгерихтъ 12 апрѣля 1902 г. Сб. рѣш. 51 стр. 177. Дальнѣйшія рѣшенія у *Scheffer's*, Das dritte Jahrg., стр. 272 сл.

²⁾ Ср. штеин. оберландсгер. 4 февраля 1902 г., ростокск. 10 стр. 1902 г. *Mugdan IV*, 283, стр. 240 и слѣд.

³⁾ Слишкомъ узко кельнск. оберландсгер. 8 февраля 1902 г. *Mugdan IV*, стр. 286.

имущественно имѣли въ виду случай недобросовѣстной конкуренціи и дѣйствительно на этотъ случай придется особо указывать до тѣхъ поръ, пока не получить общаго признанія идеи, что недобросовѣстная конкуренція есть нарушение правъ личности; если эта мысль получить надлежащее выраженіе, то недозволенная конкуренція будетъ составлять лишь одинъ изъ видовъ нарушения правъ, именно правъ личности (§ 823).

Дѣйствія, противныя добрымъ правамъ, не слѣдуетъ однако отождествлять съ безнравственными дѣйствіями вообще. Не все безнравственное противорѣчитъ добрымъ правамъ; нельзя сказать, чтобы жестокое отношеніе къ ближнимъ, жадность, скупость были противны добрымъ правамъ, ибо добрые нравы предоставляютъ въ этомъ отношеніи каждому полную свободу дѣйствовать такъ, какъ онъ считаетъ нужнымъ; совершенно неправильно поэтому выражали мысль, будто право и нравственность здѣсь сливаются въ одно, и можно привлекать къ отвѣтственности всякаго, кто, имѣя къ тому возможность, не придетъ на помощь нуждающемуся. Наоборотъ, противъ добрыхъ нравовъ поступаетъ тотъ, кто какимъ либо безнравственнымъ дѣйствіемъ вызываетъ въ другомъ досаду и тѣмъ вводитъ его въ расходы, необходимые для того, чтобы уничтожить основанія этой досады, или тотъ, кто своимъ безчинствомъ вызываетъ необходимость въ полицейскомъ дознаніи и тѣмъ вводитъ государство въ расходы и т. д. Сюда же относится случай, когда кто-либо держитъ свой домъ настолько грязно, что дѣлаетъ невозможнымъ или непріятнымъ сосѣдство съ нимъ ¹⁾.

Въ частности къ дѣйствіямъ противъ добрыхъ нравовъ относится:

I. Дѣйствіе, которое настолько близко касается чужого права, что вредитъ ему, если не прямо, то косвенно, ибо добрые нравы запрещаютъ чрезмѣрное вмѣшательство въ чужое право. Сюда подойдетъ:

1) всякая помощь въ нарушеніи договора. Въ этой помощи нельзя видѣть нарушение чужого обязательственного права; третьи лица могутъ нарушить обязательственное право лишь тѣмъ путемъ, что они воздѣйствіемъ на личность или имущество должника сдѣлаютъ для него невозможнымъ выполненіе имъ своей обязанности. Но эта помощь въ нарушеніи договора есть вмѣшательство въ чужое

¹⁾ Такова постоянная французская практика; такова же нынче и нѣмецкая практика, напр. кольмар. оберландгер. 10 окт. 1902 г., Mugdan V стр. 386.

право, иногда несовмѣстимое съ добросовѣстнымъ оборотомъ. Наиболѣе рѣзкимъ видомъ такого вмѣшательства является сманиваніе рабочихъ, подстрекательство ихъ къ досрочному оставленію службы съ тѣмъ, чтобы потомъ взять ихъ на службу къ себѣ. Но противъ добрыхъ правилъ погрѣшаетъ уже тотъ, кто беретъ къ себѣ на службу рабочаго, который завѣдомо для него нарушилъ свой договоръ со своимъ прежнимъ хозяиномъ,—въ такомъ случаѣ онъ извлекаетъ себѣ пользу изъ чужого вѣроломства. Въ промышленномъ правѣ это признано во первыхъ по отношенію къ договору ученичества § 1279, а затѣмъ относительно товарищей и фабричныхъ рабочихъ въ §§ 125 и 134. Болѣе того, въ послѣднемъ случаѣ даже постановлено, что если хозяинъ уже по принятіи на службу новаго рабочаго, узнаетъ, что этотъ рабочій нарушилъ свой договоръ съ прежнимъ хозяиномъ, то онъ, буде съ того времени не прошло еще двухъ недѣль, обязанъ его отпустить; въ противномъ случаѣ онъ отвѣчаетъ передъ прежнимъ хозяиномъ своего рабочаго за причиненные ему вредъ и убытки. Последнее постановленіе есть особенность промышленнаго права; но вообще запрещеніе сманивать людей съ ихъ прежней службы основано на общихъ началахъ права ¹⁾).

2) приобрѣтеніе, при указанныхъ выше отягощающихъ обстоятельствахъ, вещи, уже отчужденной другому.

3) злоумышленное воспрепятствованіе возникновенію права. Нельзя нарушить право, которое еще не существуетъ; но можно злоумышленно не допустить его возникновенія; напр. я веду съ кѣмъ либо переписку о заключеніи договора; заявленіе мое о томъ, что я предложенія контрагента принимаю, должно придти въ опредѣленный день, не то оно будетъ признано запоздавшимъ. Другая сторона подкупаетъ гонца, и онъ не приходитъ къ сроку (въ § 162 гражд. улож. эта мысль примѣнена къ условнымъ сдѣлкамъ).

Сюда относится:

II. Злоупотребленіе правомъ. Не всякое примѣненіе права, хотя бы въ предѣлахъ своихъ границъ, прилично и допустимо въ обществѣ. Такое злоупотребленіе правомъ заключается:

1) въ шиканѣ (§ 226 гражд. улож.) т.е. дѣйстви, единственная цѣль котораго—вредить другому;

¹⁾ Ср. Buschs Arch. f. Handelsrecht 48 стр. 348 сл. Неправильное рѣшеніе каммергерихта 8 окт. 1901 г., Mugdan IV стр. 54.

2) въ чрезмѣрномъ пользованіи своей дискреціонной властью, когда право предоставляет кому либо права въ ожиданіи, что онъ не будетъ ими пользоваться черезъ мѣру. Примѣромъ можетъ служить право заимствованія газетныхъ статей; даже новый законъ объ авторскомъ правѣ позволяетъ весьма широкое заимствование; но оно все же не должно выходить за предѣлы приличія и добропорядочности. Подъ эту же рубрику подойдутъ всякаго рода договоры объ исключеніи, бойкотѣ; они не противорѣчатъ праву, но въ то же время не должны выходить за предѣлы допустимаго въ общественной жизни ¹⁾. Съ этой же точки зрѣнія слѣдуетъ смотрѣть на пользованіе вещами, предназначенными для общаго употребленія и т. д.

Тотъ кому нарушеніе благопристойности причинило ущербъ, можетъ требовать прекращенія нарушенія ²⁾ и возмѣщенія ущерба. Его требованіе основано на правахъ личности; права личности даютъ основаніе требовать не только воздержанія отъ нарушенія этихъ правъ, но и воздержанія отъ нарушенія того приличія, на которое можетъ претендовать личность.

§ 90. Недозволенное дѣйствіе предполагаетъ *этическій порокъ* воли, въ видѣ умысла или небрежности; такъ обстоитъ дѣло, когда недозволенное дѣйствіе выливается въ форму нарушенія права. При нарушеніи ограждающаго общественную безопасность постановленія точно также достаточно умысла или небрежности, если уголовный законъ, санкционирующій это постановленіе, караетъ уже одну небрежность; если-же онъ грозитъ карой только въ случаѣ умысла, то и обязанность возмѣщенія ущерба наступаетъ лишь при умыслѣ. Для отвѣтственности за дѣйствія, противныя добрымъ правамъ, необходимъ умыселъ.

Въ немногихъ случаяхъ возможна отвѣтственность даже безъ

¹⁾ Противъ такихъ договоровъ принимали мѣры еще встарину, см. напр. статуты Падуи 1236: № 833 si quis... molinario interdixerit ne molat neu malinet illi persone... solidos 100 pro banno... componat; см. также нѣмецкіе имперскіе законы: Reform. guter Policei; 1548 § 18 (относительно монополіи и вредныхъ перекупокъ). Изъ новаго времени ср. рѣш. рейсгерихта 21 іюня 1890 г. рѣш. XXVIII стр. 238 и рѣш. I. гражд. сената 24 іюня 1891 г.; обергер. въ Тургау, 29 ноября 1892 г. Z. f. Schweizer Recht, Revue XI стр. 25. Недавнія рѣшенія о черныхъ листахъ, напр. рѣш. рейсгерихта 29 мая 1902 г., VI стр. 395

²⁾ §§ 823 и 826 даютъ основаніе требовать не только денежнаго возмѣщенія ущерба, но и прекращенія неправомерной дѣятельности. Правильно поэтому рѣшилъ обергер. въ Целле 5 мая 1902 г., Mugdan V стр. 238.

вины, отвѣтственность вплоть до такъ называемой непреодолимой силы. Такая отвѣтственность имѣетъ напр. мѣсто при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ, если при этомъ человекъ былъ убитъ или раненъ: желѣзная дорога отвѣчаетъ, развѣ только вредъ былъ причиненъ дѣйствіемъ непреодолимой силы или собственной виной потерпѣвшаго ¹⁾. Объ этомъ существуетъ особый законъ отъ 7 іюня 1871 г. Подобную отвѣтственность несутъ также, въ своихъ договорныхъ отношеніяхъ, хозяева за вещи постояльцевъ, § 701 ²⁾, и желѣзныя дороги за принятые ими для перевозки грузы, но не прочіе перевозчики, отвѣчающіе лишь въ случаѣ вины (§§ 429, 606 гражд. улож.). Это различіе объясняется исторически. Когда-то всѣ перевозчики отвѣчали вплоть до непреодолимой силы; затѣмъ такая ихъ отвѣтственность была отмѣнена и только по международнымъ основаніямъ осталась существовать для желѣзныхъ дорогъ, такъ какъ желѣзнодорожное право регулировано державами въ бернской конвенціи (§ 456 торг. ул. и бернская конвенція 14 октября 1890 ст. 30). Подъ непреодолимой силой подразумѣвается воздѣйствіе извнѣ, настолько сильное, что даже специальная предусмотрительность не могла бы его парализовать.

Этическая вина предполагаетъ отвѣтственность. Не отвѣчаетъ человекъ за свои поступки до семи лѣтъ, подъ сомнѣніемъ и каждый разъ въ зависимости отъ индивидуальной зрѣлости слѣдуетъ рѣшать вопросъ объ его отвѣтственности отъ 7 до 18 лѣтъ; не отвѣчаетъ человекъ за свои дѣйствія, учиненныя въ безсознательномъ состояніи или при такомъ разстройствѣ душевной дѣятельности которая парализуетъ волю (§§ 827, 828 гражд. улож.). Въ видѣ исключенія и по основаніямъ справедливости можно на кого-либо, вообще не отвѣчающаго за свои поступки, возложить обязанность возмѣстить причиненный имъ ущербъ, цѣликомъ или частью, если, по обстоятельствамъ случая, это покажется справедливымъ раздѣленіемъ ущерба (§ 829). Основныя начала отвѣтственности и основанной на ней обязанности возмѣщенія примѣнимы также къ договорнымъ отношеніямъ.

¹⁾ Необходимо, чтобы вредъ былъ причиненъ эксплуатаціей или какой либо связанной съ ней дѣятельностью. Рѣш. рейхсгер. января 1902 г., сб. рѣш. 50, стр. 92.

²⁾ Повышенная отвѣтственность, которую римляне выводили изъ особыхъ отношеній хозяевъ тавернъ была въ средніе вѣка перенесена на всѣхъ принимающихъ къ себѣ гостей вообще, ср. напр. Como 1216 а. 276. (Mon. hist. patr. XVI, р. 101). Но телѣга, въ которой можно спать, еще не отель! Ср. рѣшеніе кассацион. суда въ Парижѣ 3 февраля 1896. Sirey 96, I р. 165.

Отвѣтственность уменьшается или вовсе отпадаетъ благодаря собственной винѣ потерпѣвшаго (§§ 254, 846 гражд. улож.) ¹⁾.

§ 91. Совѣтъ особенное значеніе имѣетъ вопросъ объ отвѣтственности за третьихъ лицъ или даже за вещи. Это вопросъ чрезвычайно тонкій, такъ какъ интересы разныхъ лицъ, сами по себѣ вполне основательные, стоятъ здѣсь въ крайнемъ противорѣчій другъ съ другомъ. Если, безъ вины со стороны А, Б понесетъ ущербъ, то было-бы въ высокой степени жестоко заставлять А платить этотъ ущербъ; но съ другой стороны было бы жестокостью по отношенію къ Б лишить его какого-либо вознагражденія. Пришлось по этому прибѣгнуть къ весьма тонкимъ подраздѣленіямъ. По вопросу объ отвѣтственности содержателя животныхъ за причиненные послѣдними вредъ и убытки неоднократно издавались законы, ограничивавшіе эту отвѣтственность лишь случаями небрежности со стороны содержателя ²⁾. Размѣры предосторожности и вниманія, которые требуются отъ содержателя, можно конечно при этомъ расширять такъ далеко, какъ только это возможно; но хотя бы животное причинило кому либо тягчайшій вредъ, содержатель его все-же будетъ признанъ свободнымъ, если животное у него вырвалось, несмотря на всѣ его предосторожности. Наоборотъ нѣмецкое право основано на слѣдующей мысли: содержимое въ домѣ животное есть часть самого дома, и справедливѣе, чтобы причиненный даннымъ домомъ вредъ ложился на самый домъ, а не на ни въ чемъ неповиннаго третьяго ³⁾; такъ объясняется § 833 гражд. улож., по силѣ котораго содержатели животныхъ безусловно отвѣчаютъ за всякій вредъ ⁴⁾, причиненный кому-либо ⁵⁾ ихъ живот-

¹⁾ Въ качествѣ главнаго примѣра можно привести отвѣтственность работодателя, который не наклеивалъ на книжки рабочаго марокъ и тѣмъ лишилъ его возможности воспользоваться въ будущемъ пенсіей для потерявшихъ работоспособность; рабочій долженъ самъ заботиться о томъ, чтобы условія пользованія въ будущемъ пенсіей для инвалидовъ были выполнены; ср. §§ 144, 150 закона о страхованіи на случай потери работоспособности. Ср. объ этомъ Appelius, Archiv. f. Bürgerl. R. XXI стр. 14 сл.

²⁾ Такъ швейц. обязательств. пр. ст. 65, см. также Burckhardt, Revision des schweiz. obl. R. стр. 88 сл.

³⁾ Безусловную отвѣтственность за животное знаютъ также итальянскія родовыя права напр. въ Montefeltro (1384) II 40 (Collezione storica Marchigiana III p. 319).

⁴⁾ Даже посредственный; напр. животныхъ бросило что-нибудь, это попало въ прохожаго и причинило ему вредъ. Ср. рейхсгер. 20 февраля 1002 рѣш. 50 стр. 219. Вредъ только долженъ быть причиненъ тѣлу или вещи.

⁵⁾ Это примѣнно также къ отношеніямъ между содержателемъ и над-

ными, хотя бы они самолично ни въ чемъ не были виноваты. Конечно здѣсь подразумѣваются животные имѣющіе нѣкоторую свободу передвиженія. Подъ этотъ § нельзя напр. подвести случай, когда постороннее лицо заражается бациллами какого либо изслѣдователя, не говоря уже о томъ, что бациллы наврядъ ли можно отнести къ царству животныхъ. Для отвѣтственности въ такомъ случаѣ необходима вина. Точно также съ точки зрѣнія вины слѣдуетъ обсуждать вопросъ объ отвѣтственности за растенія, которыя обладаютъ какими либо вредными для сосѣдей свойствами, напр. далеко раскидываютъ свои сѣмена и засѣваютъ сосѣднія поля сорными травами. На этотъ счетъ и въ народѣ, и въ правѣ установились совсѣмъ другія воззрѣнія, чѣмъ по отношенію къ животнымъ и въ частности домашнимъ.

По отношенію къ зданіямъ гражданское уложеніе послѣдовательно проводитъ точку зрѣнія вины. Отвѣтственность наступаетъ лишь при условіи, что не были приняты необходимыя мѣры предосторожности (§ 836); ту-же точку зрѣнія гражданское уложеніе проводитъ для отвѣтственности за подчиненныхъ, которые въ прадѣлахъ своей служебной дѣятельности причинили ущербъ третьимъ лицамъ: хозяинъ отвѣчаетъ лишь при условіи, что на его счетъ долженъ быть поставленъ недостатокъ надзора или забора. Съ этой точки зрѣнія въ особенности подлежитъ разсмотрѣнію случай, когда проявленія недобросовѣстной конкуренціи исходятъ отъ служащихъ у него лицъ. Въ остальномъ онъ отвѣчаетъ за состоящихъ подъ его властью лицъ даже и тогда, когда на его сторонѣ нѣтъ вины, напр. въ случаѣ ошибки или душевнаго разстройства ¹⁾).

Всѣ подобнаго рода убытки подлежатъ уравниванію, которое можетъ быть для обязаннаго лица очень тягостно; было бы по-

смотрщикомъ надъ животными, развѣ бы надсмотрщику вредъ былъ причиненъ благодаря собственной его винѣ, рейхсгер. 6 марта 1902 г., рѣш. 50, 244. Необходимо впрочемъ, чтобы животное не служило простымъ орудіемъ въ рукахъ человѣка, какъ напр. въ случаѣ, когда кто-либо переѣзжаетъ черезъ человѣка телягой; иначе когда лошадь пугается и наноситъ кому-либо вредъ. Рѣш. у Scherer, Drittes Jahr стр. 287 сл.

¹⁾ Ср. рѣш. рейхсгерихта 30 декабря 1901 г. Сб. рѣш. 50, 60. Таково постановленіе § 831, подвергшагося многостороннему обсужденію. Съ нимъ схоже и извѣстное постановленіе § 832 относительно лицъ, на обязанности которыхъ лежитъ надзоръ, что имѣетъ особенное значеніе для врачей психіатровъ и педагоговъ.

этому чрезвычайно желательнымъ, если бы здѣсь могло быть оказана помощь путемъ страхованія. Можетъ быть, здѣсь въ концѣ концовъ и законодательство пойдетъ навстрѣчу путемъ принудительнаго страхованія; въ нѣкоторыхъ случаяхъ могутъ помочь частныя предпріятія путемъ т. н. страхованія ответственности, для котораго имѣютъ мѣсто особые принципы (см. § 149 слѣд. зак. о страх. договорѣ).

Въ мѣстныхъ законахъ до сихъ поръ еще имѣетъ мѣсто отвѣтственность общинъ за вредъ причиняемый скопомъ, мятежемъ и возмущеніемъ ¹⁾.

¹⁾ Напр. въ Пруссіи зак. 11 марта 1850 г., въ Баваріи зак. 12 марта 1850 (зак. о введ. въ дѣйств. гражд. улож. § 142). Постановленіе восходитъ къ очень древней мысли объ отвѣтственности общины за вредъ, за который нельзя требовать возмѣщенія ни съ кого другого. Ее находимъ въ итальянскихъ статутахъ, напр. Viterbo (1251), IV, 29; Casale (14 стол.) in Mon. hist. patr. I, 993; Salò 1386, art. 100 (Bettoni, Storia di Salò IV, p. 172); Piacenza 1391, V, 8 (Mon. hist., ad prov. Parm. pert. I, 6 p. 366 слѣд.); Mirandola IV, 125 (зак. 1471 г.); Ferrara (1534), p. 187 и др.

Д. СЕМЕЙСТВЕННОЕ ПРАВО.

1. Брачное право.

§ 92. *Брачное право* получило въ новѣйшее время слѣдующую конструкцію. Оно во 1-хъ, имѣетъ строго *моногамическій характеръ*; во 2-хъ, допускаетъ *полную свободу* при заключеніи брака, но въ то же время гарантируетъ и полную возможность обсужденія предстоящаго поступка; въ 3-хъ, бракъ заключается подъ *надзоромъ государства* и въ присутствіи правительственнаго должностнаго лица, и наконецъ, въ 4-хъ, заключеніе его совершается *на всю жизнь*, но съ возможностью, въ точно опредѣленныхъ случаяхъ, его *расторгнуть*. Всѣ эти условія были выработаны современной культурной жизнью; гражданское уложеніе ихъ только урегулировало и оформило.

Что касается моногамической стороны брака, то установлено, что два брака равнаго достоинства одновременно существовать не могутъ, даже въ теченіе одного момента. Даже на случай объявленія другого супруга умершимъ устранена возможность подобной коллизіи: объявленіе другого супруга умершимъ допускаетъ второй бракъ; но при этомъ первый бракъ теряетъ свою силу, причемъ, однако, допускается возможность оспариванія и второго брака, какъ это указано выше.

Существуетъ только одинъ случай, когда возможно существованіе одновременно брака дѣйствительнаго и ничтожнаго. Если такой случай имѣлъ мѣсто, то законъ разсматриваетъ его какъ допустимый (см. § 1326 и 1309 гражд. улож.). Тѣмъ не менѣе его слѣдуетъ по возможности избѣгать; при несоблюденіи этой предосторожности на виновнаго налагается наказаніе, какъ за двоеженство. Второй бракъ подѣ страхомъ наказанія за двоеженство можетъ быть

заключенъ только въ томъ случаѣ, если первый бракъ, хотя бы онъ былъ ничтоженъ, *объявленъ* таковымъ (§ 171 герм. угол. улож.).

Что касается свободы заключенія брака, то представляется совершенно понятнымъ, что соответственно духу новѣйшаго времени, ни сынъ, ни дочь не могутъ быть принуждены къ браку ихъ родителями или агнатами. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, конечно, устанавливается и отрицательное положеніе, согласно которому бракъ въ извѣстныхъ случаяхъ заключается съ согласія опредѣленныхъ лицъ. Такъ если они ограничены въ дѣеспособности, то съ согласія ихъ законнаго представителя; это имѣетъ то значеніе, что безъ согласія представителя бракъ будетъ считаться оспоримымъ (§§ 1304, 1331, 1336, 1337 гражд. улож.). Къ этому присоединяется еще дальнѣйшее постановленіе, по которому совершеннолѣтній, достигшій 21 года, долженъ для заключенія брака имѣть согласіе отца (или вѣбрачной матери), § 1305 гражд. улож.; но это постановленіе имѣетъ значеніе только для того случая, когда несовершеннолѣтній *объявленъ* совершеннолѣтнимъ до наступленія 21 года. Неисполненіе этого постановленія не влечетъ, однако, за собой возможности оспариванія брака; опекунскій судъ можетъ восполнить недостатокъ согласія родителей (§ 1308 гражд. улож.).

Надзоръ государства за совершеніемъ брака проведенъ въ томъ направленіи, что этотъ бракъ не является частнымъ бракомъ, какъ прежде въ каноническомъ правѣ, ни бракомъ церковнымъ, какъ въ церковномъ правѣ по постановленію тридентскаго собора и по протестантскому порядку заключенія брака, но только бракомъ въ присутствіи должностнаго лица, завѣдывающаго веденіемъ актовъ гражданскаго состоянія. Участіе этого лица имѣетъ не только значеніе надзора за правильностью формъ заключенія брака, но задача его заключается также въ устраненіи могущихъ встрѣтиться для заключенія брака препятствій. Съ этой цѣлью при помощи оглашенія на предстоящій бракъ обращается особое вниманіе широкой публики. Во этомъ, а также же въ нѣкоторыхъ другихъ постановленіяхъ, заключается законъ 6-го февраля 1875 г. о личномъ состояніи (§§ 44—48 назв. зак.). Лицо, завѣдывающее веденіемъ актовъ гражданскаго состоянія, обязано производить разслѣдованія и само подлежить отвѣтственности за свои дѣйствія (§ 69 зак. о личн. сост. и § 338 угол. улож.). Если лицо это заключеніе брака отклоняетъ, то дѣло поступаетъ на разрѣшеніе амстгерихта, съ правомъ обжалованія (§ 11 зак. о личн. сост. §§ 186, 69, 19).

§ 93. Ясноѣе, чѣмъ въ прежнихъ законахъ, въ гражданскомъ уложеніи проведено различіе между *несуществующимъ* и *ничтожнымъ* браками. Если не соблюдены установленныя § 1317 гражд. улож. формы заключенія брака, т. е. бракъ заключенъ безъ присутствія должностного лица, завѣдывающаго веденіемъ актовъ гражданского состоянія, а также мнимаго должностного лица въ смыслѣ § 1319, т. е. лица, публично исполняющаго его обязанности и считающагося въ обществѣ за такового, или если обѣ стороны не изъявили желанія, одновременно и лично, вступить въ бракъ, либо, наконецъ, если сдѣланное заявленіе отклонено должностнымъ лицомъ, то бракъ считается несуществующимъ. Однако это имѣетъ силу съ нѣкоторыми ограниченіями.

Если запись въ брачный регистръ состоялась, то юридическое ничто пріобрѣтаетъ опредѣленную сущность: теперь уже не можетъ быть рѣчи о несуществующемъ бракѣ, а только о бракѣ ничтожномъ. Различіе очень существенно. Если брака не существуетъ, то обѣ стороны могутъ (и совершенно правильно) сейчасъ же вступать въ бракъ. Если же бракъ ничтоженъ, то второй бракъ допустимъ только въ томъ случаѣ, если ничтожный бракъ объявленъ таковымъ. Сверхъ того бракъ несуществующій не можетъ быть такъ называемымъ бракомъ путативнымъ, въ то время какъ бракъ ничтожный можетъ быть таковымъ при томъ условіи, если хотя одинъ изъ супруговъ при заключеніи брака дѣйствовалъ добросовѣстно (§ 1699 гражд. улож.). Слѣдствіемъ этого является то, что дѣти отъ этого брака считаются дѣтьми законными и пользуются въ отношеніи родителей и ихъ семьи всѣми правами законныхъ дѣтей, въ то время какъ права на нихъ родителей отчасти зависятъ отъ того, поступить ли родитель согласно или вопреки требованіямъ доброй совѣсти. Кромѣ того это положеніе имѣетъ то значеніе, что влечетъ извѣстныя юридическія послѣдствія по отношенію къ третьему лицу: если вступившія въ ничтожный бракъ лица стояли въ правовыхъ или процессуальныхъ отношеніяхъ съ третьимъ лицомъ, то бракъ имѣетъ силу во всемъ томъ, что касается права и процесса по отношенію къ этому третьему лицу. Онъ имѣетъ силу несмотря на свою ничтожность постольку, поскольку это лицо дѣйствовало добросовѣстно. Такъ напримѣръ, если супругъ заключилъ юридическую сдѣлку съ третьимъ лицомъ по отношенію къ внесенному въ бракъ имуществу жены или ко всему имуществу, являющуюся недѣйствительной въ зависимости отъ недѣйствительности ничтожнаго брака, такъ какъ при наличности

ничтожнаго брака мужъ не имѣть права пользоваться и распоряжаться общимъ имуществомъ (1344). Существуютъ еще и другія гражданско-правовыя и процессуальныя отличія ничтожнаго брака отъ несуществующаго. Въ особенности имѣть силу слѣдующее: если несуществующій бракъ вносится въ брачный регистръ и становится ничтожнымъ, то онъ можетъ получить силу дѣйствительнаго путемъ сожительства обоихъ супруговъ въ теченіи 10 лѣтъ, а буде одинъ изъ нихъ умеръ раньше, то въ теченіи трехъ лѣтъ (§ 1324 гражд. улож.).

Кромѣ указанныхъ примѣровъ, бракъ считается ничтожнымъ въ томъ случаѣ, если одна изъ вступающихъ въ бракъ сторонъ оказывается недѣеспособной или если она вступила въ бракъ въ безсознательномъ состояніи, въ случаѣ нарушенія начала моногаміи, т. е. если одинъ изъ супруговъ находится въ дѣйствительномъ бракѣ, а также въ случаѣ нарушенія начала экзогаміи (§ 1325). Въ этомъ послѣднемъ отношеніи дѣло обстоитъ такъ. Уже въ древности установлено закономъ, что родственники въ извѣстныхъ степеняхъ родства не могутъ вступать между собой въ бракъ; это запрещеніе восходитъ къ древнѣйшимъ временамъ человѣческаго рода, но приняло понемногу совершенно иной характеръ. Въ основаніи такого запрещенія лежатъ теперь стремленія охранить чистоту семьи, затѣмъ опасеніе вредныхъ послѣдствій брака между родственниками для послѣдующихъ поколѣній и, наконецъ, справедливое стремленіе сблизить по возможности чуждыя другъ другу семьи и объединить такимъ образомъ отдѣльныя части народа. Дальнѣйшее основаніе нужно искать въ слѣдующемъ. Нужно признать обѣдненіемъ, когда родственныя отношенія исчезаютъ вслѣдствіе смѣшенія; въ томъ случаѣ, когда близкіе родственники вступаютъ между собой въ бракъ, — на мѣсто двухъ отношеній вступаетъ одно. На этихъ основаніяхъ для нашей правовой жизни заключеніе брака между лицами, находящимися въ близкихъ родственныхъ отношеніяхъ, противно нравственному чувству и потому совершенно недопустимо. Новѣйшее законодательство имѣло это въ виду не въ достаточной степени. Гражданское уложеніе доходитъ до того, что запрещаетъ подъ страхомъ ничтожности только бракъ между братьями и сестрами по прямой линіи и свойственниками по прямой линіи (§§ 1310, 1327 гражд. улож.). Немного меньше свободы было бы лучше. Напротивъ того, мы совершенно справедливо допускаемъ бракъ, недопускаемый еще до настоящаго времени въ англійскомъ правѣ, — съ сестрой умершей жены,

бракъ, запрещенный, какъ извѣстно, на основаніи неправильнаго толкованія Библіи. Въ указанныхъ предѣлахъ нарушеніе запрещенія начала экзогаміи имѣетъ слѣдствіемъ ничтожность брака. Другое постановленіе гражданскаго уложенія идетъ менѣе далеко, когда воспрещаетъ бракъ въ отношеніи виѣбрачнаго свойства. Мы не должны вступать въ бракъ съ тѣмъ лицомъ, съ которымъ нашъ предокъ или потомокъ находился въ половой связи, но такое положеніе имѣетъ только относительное значеніе и не влечетъ за собою ничтожности брака, если, не смотря на указанное запрещеніе бракъ заключенъ (§§ 1310, 1327 гражд. улож.).

Существуетъ еще другое препятствіе, обосновывающее ничтожность заключеннаго брака, препятствіе, распространенное во всѣхъ культурныхъ странахъ, но неизвѣстное англійскому и американскому праву,—это запрещеніе вступать въ бракъ съ нарушителемъ супружеской вѣрности, поскольку онъ рѣшеніемъ о разводѣ объявленъ таковымъ. Это запрещеніе имѣетъ слѣдствіемъ ничтожность брака; но здѣсь существуетъ диспенсация, превращающая ничтожный бракъ въ дѣйствительный (§§ 1312, 1328 гражд. улож.).

Вслѣдствіе этого становится яснымъ, что при опредѣленныхъ обстоятельствахъ и ничтожный бракъ можетъ быть сдѣланъ дѣйствительнымъ (также на основаніи § 1325), исключеніе изъ правила, которое въ остальномъ не допускаетъ превращенія ничтожныхъ сдѣлокъ въ дѣйствительныя.

Бракъ можетъ быть *оспоренъ* въ случаѣ насилія, обмана или ошибки. Что касается обмана и ошибки, то тутъ имѣютъ силу особыя постановленія. Не каждая ошибка имѣетъ силу; но точно также не требуется непременно ошибки въ лицѣ въ томъ смыслѣ, что бракъ заключается не съ тѣмъ лицомъ, съ которымъ предполагался; достаточно ошибки въ опредѣленныхъ качествахъ. Но на лицо должны быть такія личныя качества, знаніе которыхъ при разумной оцѣнкѣ брака могло бы отклонить отъ его заключенія ¹⁾; такъ напримѣръ, ошибочное представленіе о принадлежности даннаго лица къ дворянскому сословію, происхожденіе его отъ законнаго брака или виѣбрачное не принимается во вниманіе, такъ какъ противорѣчитъ разумной оцѣнкѣ брака—принятіе во вниманіе при его заключеніи иныхъ, кромѣ индивидуальныхъ, качествъ бра-

¹⁾ Напр. по причинѣ добрачной педерастіи? Ср. рѣш. рейхсгер. 6 октября 1902 г. II, 306; по причинѣ половой болѣзни? Гамбур. оберландсгер. 12 іюля 1902 г. у Scherer 3-tes Jahr, стр. 345.

чушагося; бракъ заключается съ лицомъ, а не съ его фамиліей. Но и при обманѣ не всякое создавшееся благодаря ему превратное пониманіе принимается во вниманіе, но только такое, которое касается обстоятельствъ, могущихъ при разумной оцѣнкѣ сущности брака отклонить отъ такового. Здѣсь могутъ быть приняты во вниманіе обстоятельства, которыя не касаются личныхъ качествъ, какъ напр. когда утверждали при заключеніи брака, что бракъ заключался въ виду настойчиваго желанія отца, или что женихъ оказалъ крупныя услуги фамиліи и т. д. Ошибочное представленіе о состояніи даннаго лица, даже если оно возникло вслѣдствіе обмана, не принимается во вниманіе; такъ какъ если бы право признало вліяніе состоянія на заключеніе брака, то тѣмъ самымъ умалило бы его достоинство. Несомнѣнно, можно смотрѣть на дѣло и такимъ образомъ, что если вступающій въ бракъ принималъ участіе въ подобномъ поступкѣ, то это должно было разсматривать какъ настолько низменный образъ мыслей, что другая сторона, при разумной оцѣнкѣ создавашагося положенія, могла бы уклониться отъ заключенія такового. Другое основаніе для оспариванія брака имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда лицо, ограниченное въ дѣеспособности, заключило бракъ безъ согласія своего представителя. Если бы и въ этомъ случаѣ не было возможности оспаривать бракъ, то это все таки имѣло бы вліяніе на имущественныя отношенія, по крайней мѣрѣ въ отношеніи ограниченной дѣеспособности къ совершенію юридическихъ дѣлъ (§ 1364 гражд. улож.).

Оспариваніе можетъ быть совершено только въ теченіе шести мѣсяцевъ путемъ предъявленія судебного иска, послѣднее по крайней мѣрѣ до тѣхъ поръ, пока другой супругъ еще живъ; если же супругъ умеръ, то оспариваніе совершается путемъ заявленія суду, завѣдывающему охраной наслѣдства. Если бракъ прекращенъ какимъ нибудь инымъ путемъ, то оспариваніе его является уже невозможнымъ (§§ 1338, 1339, 1341, 1342 гражд. улож.).

§ 94. *Взаимныя отношенія супруговъ*, какъ они опредѣлено въ гражданскомъ уложеніи, въ общемъ точно также отвѣчаютъ требованіямъ новѣйшей мысли. Гражданское уложеніе уничтожило понятіе супружеской власти мужа, которая приводила къ уничтоженію дѣеспособности жены. Жена вполне дѣеспособна и остается таковой не смотря на существованіе брака. Но съ другой стороны уложеніе нашло возможнымъ считать уравниеніе обоихъ супруговъ въ правоотношеніяхъ вполне признаннымъ, исходя также изъ той мысли, что въ противномъ случаѣ при разногласіяхъ между супругами слѣ-

довало бы допустить вмѣшательство третьихъ лицъ въ отношенія супруговъ въ интересахъ восстановленія между ними согласія. Наоборотъ, гражданское уложеніе выходитъ изъ положенія, что мужъ имѣетъ преимущественное право опредѣленія въ особенности въ отношеніи мѣстожителства супруговъ, затѣмъ всего того, что касается совмѣстной супружеской жизни ¹⁾, въ особенности въ отношеніи къ дѣловой сферѣ, поддержанію домашняго порядка, труда и отдыха. Въ то же время женѣ предоставлено право вести хозяйство и предоставлена власть по веденію этого хозяйства; эту власть, однако, мужъ можетъ или ограничить или совершенно отнять (§ 1353 гражд. улож.). При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что мужу принадлежитъ также права вскрывать адресованныя женѣ письма, такъ какъ принадлежащее ему право надзора и контроля надъ домашнимъ хозяйствомъ можетъ быть выполнимо только при этомъ условіи. Въ остальномъ власть мужа находитъ себѣ границы въ злоупотребленіяхъ, а подъ злоупотребленіемъ понимается такое положеніе, когда предоставленное ему правомочіе употребляется имъ вопреки его смыслу, или безъ той осторожности, которой требуетъ благопристойное обращеніе съ другой стороной.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ супружескія отношенія вмѣшиваются, впрочемъ, чуждая власть, — опекунскій судъ: 1) въ случаѣ ограниченія власти жены въ области домашняго хозяйства она можетъ обращаться къ опекунскому суду (§ 1357); 2) мужъ имѣетъ право заявить о прекращеніи договора, по которому жена вступаетъ въ отношенія найма услугъ (безъ его вѣдома) къ третьему лицу, но только съ уполномочія опекунскаго суда и только при томъ условіи, что при заключеніи договора согласіе мужа не было замѣнено разрѣшеніемъ суда (§ 1358 гражд. улож.; § 53 зак. о наймѣ присл.).

§ 95. *Въ ученіи о разводѣ законъ основывается на томъ, что бракъ представляетъ собою институтъ, не расторгимый даже при согласіи на то обѣихъ сторонъ, и что, слѣдовательно, разводъ возможенъ только при особыхъ, не зависящихъ отъ усмотрѣнія супруговъ, обстоятельствахъ. Это положеніе является результатомъ продолжительнаго развитія. Въ античномъ мірѣ расторженіе брака было*

¹⁾ Можетъ ли онъ требовать отправленія жены въ больницу? Рейхсгерихтъ отвѣтилъ на это утвердительно (14 апрѣля 1901 г. Recht IV, стр. 350); но это можетъ быть оправдано только для случаевъ крайней необходимости, въ другихъ же оно является явнымъ злоупотребленіемъ властью мужа.

допустимо по желанію мужа или жены, или по меньшей мѣрѣ по усмотрѣнію мужа, а относительно того, что онъ могъ быть расторгнутъ съ согласія обоихъ супруговъ, нѣтъ никакого сомнѣнія. Въ христіанское время первоначально не произошло въ этомъ отношеніи никакихъ существенныхъ измѣненій, несмотря даже на то, что за недостаточно основательныя побужденія къ расторженію брака стали постепенно назначаться наказанія. Положеніе рѣзко измѣнилось только подѣ вліяніемъ церкви. Сперва придерживались той мысли, что бракъ совершенно нерасторжимъ, но затѣмъ постепенно, во время протестантизма, стали допускать въ нѣкоторыхъ случаяхъ возможность развода, сперва въ случаѣ нарушенія супружеской вѣрности, чаще въ случаяхъ злонамѣреннаго оставленія супруга, и, наконецъ, въ случаяхъ севицій т. е. тяжкихъ личныхъ оскорбленій. Нѣкоторые законы рядомъ съ этимъ дѣлали попытки допустить разводъ въ случаѣ согласія на него обѣихъ сторонъ; но это постановленіе нигдѣ не получило права гражданства. Во Франціи бывали случаи, что оба супруга подавали заявленія о разводѣ, но случаи эти были настолько рѣдки, что новѣйшее французское право отказалось отъ этой формы развода. Естественно-правое пониманіе прусскаго земскаго права можно оставить безъ вниманія, какъ печальное заблужденіе.

Такимъ образомъ разрѣшенію германскаго законодательства оставался одинъ вопросъ, можно ли требовать развода въ случаѣ тяжкой болѣзни или умопомѣшательства. Дать утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ возможно только въ совершенно особыхъ случаяхъ, такъ какъ бракъ предполагаетъ взаимную привязанность и въ періоды несчастій, а также и въ періоды тяжелѣйшихъ личныхъ бѣдствій, болѣзни и душевнаго разстройства. Если обстоятельства сложились такъ, что одинъ супругъ можетъ оказать другому поддержку, облегченіе и утѣшеніе, то требованіе развода является уже жестокостью и совершенно противорѣчитъ духу института брака. И если въ противовѣсть этому приводятся практическія соображенія, какъ напр. дѣловыя соображенія, то слѣдуетъ замѣтить, что человѣкъ существуетъ на землѣ не только ради хозяйственныхъ интересовъ. Только въ томъ случаѣ, если душевное разстройство достигло той степени, когда прекратилась совершенно разумная связь съ внѣшнимъ міромъ и слѣдовательно и съ супругомъ, когда больной озвѣрѣлъ, сталъ настолько тупоуменъ, что нельзя уже имѣть съ нимъ духовнаго общенія, и дѣло ограничивается поддержаніемъ его существованія и его жизненныхъ функцій, только тогда можетъ быть оправданъ разводъ.

Въ общемъ гражданское уложеніе придерживается слѣдующей точки зрѣнія. Радикальное требованіе расторгимости брака по согласію обѣихъ сторонъ безъ дальнѣйшихъ разсужденій было отклонено, и не безъ основанія. „Свободный“ бракъ требуетъ идеальности, которая рѣдка, а сознаніе своей зависимости ведетъ человѣка къ большой привязанности и облегчаетъ страданія. Человѣкъ не можетъ избѣжать такой полезной предосторожности, по крайней мѣрѣ въ стадіи нашей культуры. Какъ уже сказано выше, тамъ, гдѣ уже былъ разрѣшенъ разводъ съ общаго согласія обоихъ супруговъ, онъ встрѣтился со столь многими затрудненіями, что не получилъ права гражданства. Мысль такова, что бракъ можетъ быть расторгнутъ только въ томъ случаѣ, если на сторонѣ одного изъ супруговъ существуетъ такая тяжкая вина, которая совершенно нарушаетъ духовную жизнь и указываетъ на окончательную разобщенность обоихъ супруговъ, такъ что дальнѣйшая супружеская жизнь становится совершенно невозможной: только тогда, и никогда болѣе, долженъ послѣдовать разводъ ¹⁾ Такимъ образомъ гражданск. уложеніе допускаетъ возможность развода только въ случаѣ нарушенія супружеской вѣрности, въ случаѣ злонамѣреннаго оставленія супруга и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда нанесено такое оскорбленіе, послѣ котораго совмѣстная жизнь казалась бы внѣшностью, а духовное общеніе было бы навсегда нарушено. Это послѣднее основаніе для развода таково, что допускаетъ дальнѣйшее развитіе и облегчаетъ законодателю и судѣ возможность приспособляться къ постоянно утончающемуся духовному общенію людей. Во времена извѣстой грубости можно было допустить многое такое, чего не можетъ допустить культурное и утонченное чувство; въ особенности можетъ повести къ разрыву опредѣленное нравственное поведеніе по отношенію къ современникамъ, если одинъ изъ супруговъ совершилъ что нибудь такое, что по господствующимъ этическимъ воззрѣніямъ противорѣчитъ понятію чести и принципамъ честнаго поведенія. Чѣмъ чувствительнѣе населеніе или опредѣленные слои общества, тѣмъ больше основаній должно быть къ разводу въ такихъ случаяхъ. Поэтому это основаніе для развода въ будущемъ обратитъ на себя большее вниманіе, чѣмъ злонамѣренное оставленіе супруга, которому приписывали раньше большее значеніе. Для признанія

¹⁾ По вопросу о расторгимости брака, возбуждавшему въ настоящее время такъ много споровъ, см. Teresa Labriola, *Del divorzio, discussione etica* (Roma 1901).

наличности злонамѣреннаго оставленія требовали такого большого срока, котораго теперь при нашихъ потребностяхъ въ скорѣйшемъ регулированіи отношеній допущено уже быть не можетъ. Сюда же можно отнести тотъ случай, по которому, въ качествѣ тяжкаго оскорбленія рассматривается преднамѣренное половое зараженіе, даже въ томъ случаѣ, если оно было совершено даже безъ нарушенія супружеской вѣрности, а благодаря какому нибудь другому пороку. § 1568 гражданск. улож. несомнѣнно, поэтому, въ будущемъ ¹⁾ явится главнымъ постановленіемъ, по которому будетъ допускаться разводъ.

Что касается *душевнаго разстройства*, то гражданское уложеніе приняло во вниманіе, по возможности, вышеуказанныя соображенія. Оно требуетъ (подобно баденскому праву) по крайней мѣрѣ трехлѣтняго періода душевнаго разстройства, признаннаго неизлечимымъ и принявшаго размѣры, при которыхъ нарушатся всякое духовное общеніе между супругами (слѣдовательно духовную смерть) ²⁾.

2. Брачное имущественное право.

§ 96. *Брачныя имущественныя отношенія* урегулированы у народовъ различнѣйшимъ образомъ. Конечно и германскія племена прошли черезъ извѣстныя стадіи развитія, въ результатъ котораго, все имущество, а также имущество жены, стало имуществомъ семейнымъ и тѣмъ самымъ болѣе или менѣе поступило въ распоряженіе мужа. Въ дальнѣйшемъ создавалось то, что въ настоящее время называется *брачною общностью имущества*. Эта общность не была особенностью германскихъ племенъ, но присуща также кельтамъ и встрѣчается у азіатскихъ народовъ. Имущество являлось собственностью, но собственностью не одного только мужа, а обоихъ супруговъ вмѣстѣ. Но и тутъ право управленія имуществомъ переходитъ къ мужу. Долгое время общность имуществъ рассматривалась такимъ образомъ, что мужъ являлся на все время брака единственнымъ управомоченнымъ лицомъ, и только при расторженіи брака, при чемъ само собой, вступало начало общности имуществъ; это начало не могло уже быть нарушено даже завѣщаніемъ мужа. При этой системѣ естественно, что мужъ имѣетъ неограниченную свободу управленія общимъ имуществомъ, и оно отвѣчаетъ передъ кредиторами,

¹⁾ См. рѣшенія у Scherer'a das dritte Jahr, s. 363

²⁾ Ср. рѣш. Кельнск. оберландсгер. 23 марта 1901 г. у Mugdan, II, 326.

какъ и его собственное ¹⁾. И обратно, не существуетъ никакого различія между долгами общаго имущества и долгами мужа.

Эти пониманія общности имущества теперь уже уничтожено ²⁾, но въ нѣкоторыхъ послѣдствіяхъ эта первоначальная идея сохранила еще значеніе. Въ настоящее время признается, что жена уже со времени заключенія брака, является собственницей общаго имущества, но эта собственность имѣетъ особую форму, согласно которой ни одна сторона не можетъ отчудить свою часть, а кредиторы одного супруга не могутъ положить запрещенія на общее имущество. Это влечетъ за собой конечно нѣкоторое ограниченіе правъ мужа въ управленіи общимъ имуществомъ, и выдвигаетъ на видъ жену, особенно въ томъ случаѣ, если мужъ не можетъ самъ пользоваться этимъ правомъ въ силу какихъ-либо препятствій.

По вопросу о большей или меньшей цѣлесообразности общности имущества было чрезвычайно много споровъ. Оно заслуживаетъ вниманія съ одной стороны вслѣдствіе того, что соответствуетъ идеѣ брачнаго единства, идеѣ брачной общности, которая охватываетъ не только личность супруговъ, но и ихъ имущество. Слѣдствіемъ ея является то, что оба супруга являются одинаково богаты; ихъ приходъ и расходъ раздѣляется между ними обоими, и въ особенности то, что рядомъ съ болѣе продуктивной работой мужа, менѣе продуктивная, но все-же важная споспѣшствующая дѣятельность жены, дающая поддержку и упорядоченіе дѣятельности мужа, имѣетъ большое значеніе.

Съ другой стороны въ этой системѣ есть крупные недостатки. Она отдаетъ жену со всѣми ея приобрѣтеніями въ большей или меньшей степени во власть мужа, такъ какъ она принуждаетъ вручить болѣе или менѣе значительное право управленія имуществомъ, если желаютъ сохранить главный нервъ имущества ³⁾. Такимъ образомъ

¹⁾ Распоряженія на случай смерти подвергались еще въ древности опредѣленнымъ ограниченіямъ; требовалось или согласіе жены непременно, или въ томъ случаѣ, если распорядитель находится не въ полномъ обладаніи своими силами; такъ напримѣръ, въ Нюрнбергѣ въ 13 и 14 столѣтіи (Vader Nürenberger Polizei Verordnungen, стр. 17).

²⁾ Это пониманіе имѣло мѣсто въ особенности въ средневѣковомъ французскомъ правѣ, см. art. 225 Cout. de Paris и въ богатой литературѣ и параллельныхъ мѣстахъ, указанныхъ у Ferrière, Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris. (2 Ed. 1714) III p. 230, 231.

³⁾ Гражд. улож., правда, ограничиваетъ право распоряженія мужа тѣмъ, что

безпечный мужъ беретъ отъ жены все, и не только то, что заключается въ общемъ имуществѣ, но и то, что жена прибрѣтетъ впоследствии. Поэтому общее имущество не можетъ избѣжать отвѣтственности за долги мужа. Въ этомъ заключается большая опасность: жена вполне попадаетъ въ руки кредиторовъ мужа, и если онъ вступаетъ въ конкурсъ, то все имущество жены погибаетъ. Но и для мужа полная общность имуществъ представляетъ значительныя опасности, такъ какъ, если за женой много долговъ, мужъ присоединяетъ къ своему достатку еще и ея пассивъ, можетъ быть превышающій активъ въ десять разъ, и можетъ, благодаря этому, на другой день по заключеніи брака стать нищимъ.

Все это указываетъ на существенные недостатки въ системѣ общности имущества и говоритъ противъ ея цѣлесообразности. Она предполагаетъ нѣкоторый идеализмъ, который исчезаетъ, однако въ нѣкоторыхъ случаяхъ жизни; по крайней мѣрѣ тогда, когда мы встрѣчаемъ не простые, а запутанныя отношенія, заключающія въ себѣ большую или меньшую долю риска. Вообще же недостатки эти имѣютъ силу только въ полной общности имуществъ и болѣе или менѣе въ общности движимости. *Общность имущества, приобретеннаго въ бракъ*, менѣе опасна. Здѣсь общность устанавливается не на наличное имущество, а на прибрѣтеніе, и поэтому, не можетъ быть опасеній, что благодаря добрачнымъ долгамъ жены можно стать нищимъ. Съ другой стороны здѣсь въ особенности выступаетъ выгода жены, такъ какъ она принимаетъ неограниченное участіе въ прибрѣтеніяхъ мужа. Очень часто браки заключаются безъ наличности движимаго имущества, и супруги достигаютъ впоследствии богатаго достатка. Обыкновенно въ этомъ главнымъ образомъ участвуетъ мужъ, но и за женой числятся значительныя заслуги благодаря ея бережливости, хозяйственности, а

требуетъ для распоряженія недвижимостями и имуществами, поступившими въ даръ, согласія жены (§ 1445 сл.). Но къ такому распоряженію не относится прибрѣтеніе недвижимости съ обремененіемъ ея покупной цѣной, такъ какъ и то, и другое представляетъ собою съ хозяйственной точки зрѣнія единство. Такъ камергеръ. 11 марта 1901 г., Mugdan II, 359; метцк.-ландгер. 1 сент. 1900 г., 15 ноябр. 1900 г.; 25 февр. 1901 г., Zeitschr. für Elsass-Lothring. XXVI, 158, 165, 348; неправильно мюх. оберландгер. 22 февр. 1901 г., Mugdan II, 361. Другія рѣшенія у Scherer'a, Zweites Jahr, 222; Drittes Jahr, 356, гдѣ правильно указывается аналогія съ полномочіемъ прокуриста (дрезд. оберландгер. 29 іюня 1885 г., Busch, 47, стр. 62). Согласіе жены можетъ быть, конечно, замѣнено разрѣшеніемъ опекунскаго суда, если распоряженія требуетъ нормальное веденіе хозяйства. Ср. рѣш. камергеръ. 30 дек. 1901 г., Mugdan IV, 346 и 406.

также—тому, что она поддерживаетъ въ мужѣ его работоспособность. Дѣленіе приобрѣтенія пополамъ, по этому, вполне справедливо. У нѣкоторыхъ восточныхъ народовъ практикуется дѣленіе на двѣ и одну треть, что тоже можно признать отвѣчающимъ положенію дѣла. Но и при этой системѣ сохраняется тотъ же недостатокъ,— то, что за долги мужа отвѣчаетъ общій достатокъ. Это не имѣетъ большого значенія, если жена сама не занимается какимъ нибудь дѣломъ, приносящимъ доходъ, но если же она сама своимъ трудомъ что нибудь добываетъ, то ей грозитъ потеря всѣхъ ея приобрѣтеній, такъ какъ они могутъ попасть въ руки кредиторовъ мужа.

Такова общность имущества. Въ нѣкоторыхъ частяхъ Германіи развилась во всей полнотѣ своихъ слѣдствій другая система, которая, впрочемъ, нашла себѣ широкое распространеніе и въ жизни другихъ народовъ. Подобно тому какъ имущество дѣтей поступаетъ въ пользованіе родителей, точно также мужъ получаетъ *право пользованія и управленія имуществомъ жены*. Благодаря этому сохраняется извѣстнаго рода единство домашнего имущества. И такъ какъ мужъ пользуется доходами съ имущества жены, то это служитъ ему вознагражденіемъ за тяжелыя обязанности, палагаемыя на него бракомъ.

Эту систему приняло прусское земское право, а теперь и гражданское уложеніе. Система эта сдѣлалась въ Германіи нормальной законной системой и въ теченіи длиннаго ряда лѣтъ будетъ еще обслуживать нашъ германскій міръ. Было, правда, предложено не возводить въ законъ однообразной системы, но предоставить пользоваться мѣстными, до сихъ поръ употреблявшимися въ различныхъ областяхъ Германіи, системами и законами. Но этотъ порядокъ справедливо былъ почти всюду отклоненъ. Доставить путемъ новаго закона покой и удобство отдѣльнымъ мѣстностямъ не настолькоъ важно, чтобы тѣмъ самымъ дать мѣсто правовой розни со всей ея тяжелой путаницей, со всѣмъ ея разъединяющимъ характеромъ и со всѣми ея политическими послѣдствіями. Поэтому, по гражданскому уложенію Германіи, подобно французскому праву (гдѣ также имѣли мѣсто крупныя мѣстныя различія), была установлена закономъ *одна* система, но дозволено супругамъ путемъ заключенія брачнаго договора (который долженъ быть совершенъ публичнымъ порядкомъ) избрать и другую систему, особенно систему раздѣльности имущества, или же систему общности имущества, и это было сдѣлано тѣмъ либеральнѣе, что за-

ключеніе брачнаго договора было допущено не только до, но и въ теченіе брака (§ 1432 ff.).

Системѣ пользованія мужа вполне соотвѣтствуетъ *внесенное имущество жены*. Древнѣйшее право предоставляло мужу исключительное право управленія имуществомъ жены; новое же право установило иной порядокъ отношенія жены къ нѣкоторой части, или нѣсколькимъ частямъ имущества,—порядокъ, въ силу котораго жена сохраняетъ это имущество исключительно для себя, безъ уступки на него правъ пользованія въ пользу мужа. Сюда относится прежде всего заработокъ жены въ продолженіи брака. Это нововведеніе позднѣйшаго, а именно англійскаго права ¹⁾; сущность его состоитъ въ томъ, что заработокъ жены не отдѣляется отъ ея личности, и господство мужа въ этомъ отношеніи совершенно уничтожается,—система, утвердившаяся, разумѣется, только здѣсь, но не тамъ, гдѣ дѣйствуетъ общность имущества. Этотъ заработокъ становится *отдѣльнымъ имуществомъ жены* (§ 1367 гражд. улож.), но и другое имущество можетъ быть отдѣльнымъ, или въ силу соглашенія при заключеніи брачнаго контракта, или въ силу того, что при обращеніи его въ пользу жены было особо установлено, что оно не подлежитъ пользованію мужа. Само собою разумѣется, что отдѣльнымъ имуществомъ можетъ быть цѣлый комплекс предметовъ; въ этомъ случаѣ послѣдствіемъ будетъ то, что при удаленіи отдѣльныхъ предметовъ они могутъ быть замѣнены новыми, причемъ эти послѣдніе становятся также отдѣльнымъ имуществомъ. Это имѣетъ значеніе, если одна вещь составляетъ отдѣльное имущество и является такимъ образомъ исключеніемъ изъ внесеннаго имущества жены.

Пользованіе мужа, такъ же какъ и пользованіе отца, нельзя разсматривать какъ пользовладѣніе. Оно даетъ право пользоваться плодами, но право особое,—право, которое всецѣло связано съ положеніемъ мужа, имѣя цѣлью служить подспорьемъ при несеніи мужемъ супружескихъ тягостей, и поэтому не можетъ быть отчуждаемо или подвержено завладѣнію. Съ другой стороны права мужа шире правъ пользовладѣльца. Это не простое пользованіе, но пользованіе, соединенное съ правомъ распоряженія по усмотрѣнію мужа,—пользоуаніе, которое даетъ мужу право въ извѣстномъ направленіи отчуждать отдѣльныя части внесеннаго имущества жены.

¹⁾ Путь къ этому порядку проложилъ извѣстный законъ 1870 г., 33, 34 Vict. c. 93.

Это право распоряженія не есть нѣчто противорѣчащее понятію пользованія. Совершенно неправильно говорить о системѣ пользованія и управленія въ томъ смыслѣ, что управленіе есть нѣчто отличное отъ пользованія, и что отчужденіе, вытекающее изъ права управленія, основывается на совершенно новомъ правѣ и не можетъ представлять собою вещнаго права. Управленіе совершается не отъ имени жены, точно также и отчужденіе; оно совершается мужемъ и отъ собственнаго его имени. И въ дѣйствительности все право является единымъ; это право, которое включаетъ въ себя все необходимое. На дѣлѣ это право преслѣдуетъ общія цѣли и осуществляется мужемъ отъ его собственнаго имени. Въ силу этого права вся имущественная масса передается на отвѣтственность мужа для того, чтобы облегчить ему исполненіе брачныхъ обязанностей,—и это право можетъ быть осуществляемо путемъ какъ исковъ, такъ и возраженій ¹⁾.

Прусское земское право (II 1. § 247) дало мужу особенно сильную власть по отношенію къ распоряженію движимымъ имуществомъ жены, внесеннымъ ею въ бракъ; здѣсь столкновение съ правомъ жены имѣетъ мѣсто только относительно недвижимаго имущества. Гражданское уложеніе не заходитъ такъ далеко; мужъ имѣетъ только очень ограниченное право отчужденія: онъ можетъ отчуждать по закону только потребляемыя вещи жены, между прочимъ деньги; при этомъ онъ можетъ отчуждать по закону только въ томъ смыслѣ, что онъ этимъ исполняетъ обязательства жены, или если онъ передаетъ кредитору такіе предметы внесеннаго въ бракъ имущества, которые являются дѣйствительнымъ средствомъ уплаты по предъявленному женѣ требованію. Сверхъ того гражданское уложеніе даетъ мужу право вести процессъ, какъ активный, такъ и пассивный, причемъ этотъ процессъ онъ можетъ вести не только въ отношеніи своего пользованія, но и въ отношеніи права собственности жены. Процессъ ведется имъ не отъ имени жены, а въ качествѣ лица, возбудившаго процессъ отъ собственнаго имени. Слѣдовало бы признать, что жена связана этими процессами, и что судебное рѣшеніе въ полной мѣрѣ будетъ распространяться и на нее. Законъ этого, однако, не установилъ. Жена

¹⁾ Это, слѣдовательно, форма пользованія съ правомъ распоряженія, которую я раньше изображалъ и конструировалъ какъ диспозитивное пользованіе (Jahrb. für Dogmatik, XXIV, стр. 187 сл.). Относительно гражд. улож. превосходно сдѣлалъ это Schilling въ Arch. für bürgerl. Recht, XIX, 312 сл.

можетъ подобное рѣшеніе отклонить и поднять вопросъ на новомъ процессѣ. Но эта форма отношеній не можетъ быть одобрена; однако невыгоды такого положенія дѣла могутъ быть устранены тѣмъ, что противникъ можетъ привлечь жену къ процессу въ качествѣ третьяго лица, слѣдствіемъ чего является распространеніе судебного рѣшенія и на нее (§§ 1376, 1380 гражд. улож.).

Въ остальномъ имущество жены и мужа строго ограничено, и вслѣдствіе этого она не отвѣчаетъ соотвѣтственной частью за долги мужа. Поэтому можно бы было признавать, что жена можетъ распоряжаться такъ наз. „голымъ“ правомъ собственности на внесенное въ бракъ имущество, что имѣло бы значеніе, такъ какъ навѣрное нашлись бы люди, которые бы „дисконтировали“ подобное имущество въ счетъ будущихъ приобрѣтеній. Гражданское уложеніе, однако, это предусмотрѣло; оно этого не допускаетъ, ибо это было бы дикой спекуляціей, не носящей серьезнаго оборотнаго характера и весьма опасной для жены, которая не въ состояніи предугадывать на большой срокъ впередъ. Законъ постановилъ поэтому, что на жену возложенъ запретъ отчужденія и по отношенію къ голой собственности. Отсюда, далѣе, слѣдуетъ, что, если жена вступаетъ въ юридическія дѣлки, кредиторы ея не могутъ претендовать на внесенное въ бракъ имущество, если оно находится въ пользованіи мужа, права котораго въ такомъ случаѣ были бы нарушены, но также и на голую собственность жены, такъ какъ она въ этомъ отношеніи лишена права распоряженія. Мужъ долженъ бы былъ дать свое согласіе на подобную дѣлку или же она должна заручиться согласіемъ опекунскаго суда (§§ 1395, 1411 гражд. улож.).

§ 97. Общность имущества по гражданскому уложенію стремится къ тому, чтобы создать изъ опредѣленнаго количества имущества единую общую массу, которая находилась бы въ собственности обоихъ супруговъ, но такъ, чтобы мужъ имѣлъ преимущественное право пользованія и управленія этимъ имуществомъ. Онъ можетъ распоряжаться общимъ имуществомъ только не путемъ даренія и не недвижимымъ имуществомъ (§ 1444 гражд. улож.). Жена имѣетъ право предпринимать акты распоряженія имуществомъ только въ исключительныхъ случаяхъ, такъ напримѣръ въ томъ случаѣ, если мужъ почему либо встрѣчаетъ препятствія къ личному распоряженію, или если жена особенно настоятельно въ этомъ заинтересована; въ послѣднемъ случаѣ распоряженіе допускается съ разрѣшенія опекунскаго суда (§ 1450 гражд. улож.). Этимъ устранена старая точка зрѣнія, по которой мужъ на все

время брачной жизни является единственнымъ собственникомъ всего имущества. Въ гражданскомъ уложеніи встрѣчается однако слѣдующій остатокъ этой точки зрѣнія: общіе долги всегда считаются долгами мужа, а долги мужа—долгами общими (§ 1459 гражд. улож.); слѣдствіемъ этого является то, что если надъ имуществомъ мужа назначается конкурсъ, то въ этотъ конкурсъ привлекается и все общее имущество (§ 2 уст. конкурс.). Что же касается долговъ, то здѣсь наоборотъ, долги жены, являющіеся слѣдствіемъ ея юридическихъ сдѣлокъ, заключенныхъ въ продолженіе брачной жизни, не считаются долгами общими; если бы послѣднее имѣло мѣсто, то жена получила бы тѣмъ самымъ право распоряжаться общимъ имуществомъ, а этого не должно быть. Зато всѣ долги жены, возникшіе изъ другихъ юридическихъ основаній, какъ напримѣръ изъ недозволенныхъ дѣйствій, падаютъ на все имущество. Это положеніе имѣетъ силу по отношенію ко всѣмъ видамъ общности имущества, за исключеніемъ общности приобрѣтеній (§§ 1454, 1530, 1549 гражд. улож.). Причина послѣдняго исключенія лежитъ въ томъ, что въ то время какъ при общности приобрѣтеній жена имѣетъ обыкновенно другое имѣющее значеніе имущество, которое и можетъ быть источникомъ для вознагражденія потерпѣвшаго,—въ другихъ видахъ общности, напримѣръ въ полной общности имущества, этого нѣтъ вслѣдствіе чего и установлена отвѣтственность общаго имущества за проступки жены.

На ряду съ общимъ имуществомъ можетъ существовать *вне-сенное въ бракъ имущество* мужа или жены. По отношенію къ нему дѣйствуетъ постановленіе, согласно которому мужъ имѣетъ право управленія и пользованія, но не въ своихъ интересахъ, а въ интересахъ общаго имущества. Но возможно также и такое *отдѣльное имущество*, которое состоитъ вполне въ неограниченной собственности супруга. Отдѣльное имущество жены допускается при всѣхъ системахъ имущественныхъ отношеній супруговъ; наоборотъ отдѣльное имущество мужа возможно только въ полной общности имущества, но отнюдь не въ общности приобрѣтеній и движимости (§§ 1440, 1526, 1555 гражд. улож.).

Въ остальномъ, гражданское уложеніе проводитъ слѣдующія различія между *полной общностью, общностью приобрѣтеній и общностью движимости*. При полной общности общимъ имуществомъ становится какъ то, которое существовало у супруговъ до брака, такъ и то, которое ими приобрѣтено въ бракъ. Такимъ путемъ возни-

каетъ совокупное преемство, и при томъ само собою въ силу брака. Общность обнимаетъ не только движимое, но и недвижимое имущество, однако такимъ образомъ, что каждый супругъ можетъ требовать отъ другого содѣйствія при исправленіи вѣщинной книги (§ 1438 гражд. улож., § 22 уст. вѣщ.). Отсюда и всѣ добрачные долги обоихъ супруговъ переходятъ въ общее имущество, и притомъ исполнѣ, и не только по отношенію къ кредиторамъ, но также и въ томъ смыслѣ, что и супруги со своей стороны должны признавать взаимно эту тягость, не допуская выравниванія долговыхъ отношеній; кто вступаетъ въ бракъ съ супругомъ, тотъ принимаетъ и его долги. Этотъ переходъ долговъ не исключаетъ, конечно, того, что должникъ остается должникомъ лично, до тѣхъ поръ пока его не освободитъ кредиторъ. Въ общности *приобрѣтений*, напротивъ того, добрачное имущество остается чуждымъ общему имуществу супруговъ. Въ общее имущество входятъ лишь благоприобрѣтенія, т. е. имущество, приобретенное во время брака. Къ общности *приобрѣтений* однако, не причисляются наслѣдства, которыя могутъ быть получены во время брака, ни даренія во время брака, ни приданое, ни все то, что можетъ быть передано впередъ въ видѣ будущаго наслѣдства ¹⁾. Общность *движимостей* занимаетъ среднее положеніе. Здѣсь общимъ имуществомъ, какъ и при общности *приобрѣтений*, становится все то, что добыто во время брака, но также и имущество *приобрѣтенное* до брака и въ теченіе дальнейшей жизни по наслѣдству однако только постольку, поскольку оно имущество движимое. Идея этой имущественной системы состоитъ въ томъ, что смѣшеніе супружескихъ имуществъ въ движимости достигается легче, чѣмъ въ недвижимостяхъ. Слѣдствіемъ же этого смѣшенія *движимостей* является то, что добрачные долги падаютъ на общее имущество въ силу совокупнаго преемства; но въ то же время и долги съ полученнаго въ теченіе брака наслѣдства падаютъ на общее имущество; однако между супругами можетъ имѣть мѣсто уравненіе въ томъ смыслѣ, что создается положеніе, какъ если бы на общее

¹⁾ А авторское право? было бы очень цѣлесообразно упомянуть о немъ по крайней мѣрѣ въ законахъ объ авторскомъ правѣ для тѣхъ земель, гдѣ существуетъ общность имуществъ. Правильна только точка зрѣнія, которая относитъ авторское право къ имуществу, внесенному въ бракъ, такъ что въ составъ общности *приобрѣтений* входятъ лишь доходы отъ этого права, получаемые во время брака. Ср. рѣш. Парижск. апелл. суда 1 февр. 1900 г. *Sirey*, 1900, II 121, упомянутыхъ здѣсь авторовъ и рѣшенія.

имущество упало такое количество долговъ, которое бы соотвѣтствовало отношенію движимаго наслѣдственнаго имущества къ недвижимому (§ 1556 гражд. улож.).

Система *раздѣльности имущества* гораздо проще. Каждый изъ супруговъ остается просто-напросто собственникомъ своего имущества. Мужъ обязанъ нести брачные расходы; жена обязывается дѣлать соотвѣтственные взносы, но можетъ однако, если ей и дѣтямъ недостаточно обезпечено содержаніе или если на лицо есть основаніе опасаться, что супругъ употребитъ взносы жены несогласно ихъ назначенію,—удержать эти взносы въ соотвѣтствующемъ размѣрѣ и обратить ихъ непосредственно на содержаніе дома (§ 1428 гражд. улож.).

Раздѣльность имущества можетъ быть установлена брачнымъ договоромъ; она можетъ быть также слѣдствіемъ прекращенія законныхъ имущественныхъ отношеній или одного изъ видовъ общности имущества въ продолженіи брака. Она наступаетъ въ томъ случаѣ, если ограниченная въ дѣеспособности женщина вступаетъ въ бракъ безъ согласія ея законнаго представителя (§§ 1364, 1426, 1470, 1549, 1549 гражд. улож. ¹⁾). Что касается прекращенія законной системы имущественныхъ отношеній, то имѣетъ силу слѣдующее.

Всѣ системы имущественныхъ отношеній супруговъ, которыя влекутъ за собою нѣкоторое объединеніе ихъ имущества или по меньшей мѣрѣ создаютъ права пользованія мужа, нуждаются въ охранительныхъ мѣрахъ на тѣ случаи, когда мужъ злоупотребляетъ своими правами или, если вслѣдствіе особыхъ отношеній въ лицѣ мужа, имуществу жены грозитъ опасность. Въ общности имущества отношенія жены могутъ заставить мужа предпринять мѣры предосторожности, если эти отношенія грозятъ нарушить его интересы, связанные съ общимъ имуществомъ. Жена съ своей стороны можетъ при системѣ пользованія, связаннаго съ правомъ распоряженія,—т. е. при системѣ *законной*,—соотвѣтственно обстоятельствамъ требовать себѣ обезпеченія. Она можетъ также требовать совершеннаго прекращенія законной системы и установленія раздѣльности имущества, но только въ силу судебного рѣшенія; другими словами, она можетъ заявить о своемъ желаніи прекратить дѣйствіе законной системы, но при условіи облеченія этого заявленія съ формою процес-

¹⁾ Такъ же какъ это было принято въ французскихъ кутумахъ, гдѣ при такъ называемыхъ „тайныхъ“ бракахъ не возникала общность имущества.

суального иска и послѣдующаго одобренія его судомъ ¹⁾. Основанія къ этому могутъ лежать въ дурномъ хозяйствѣ мужа, а также въ томъ, что мужъ отказывается въ содержаніи, либо если онъ лишенъ дѣеспособности или находится въ отсутствіи. Прекращеніе имущественныхъ отношеній, само собой, наступаетъ въ случаѣ конкурса и вслѣдствіе объявленія мужа умершимъ (§§ 1391, 1418 гражд. улож.).

При общности имущества также можетъ быть потребовано въ нѣкоторыхъ обстоятельствахъ ея прекращеніе путемъ судебного рѣшенія. И здѣсь точно также принимаются во вниманіе нѣкоторыя злоупотребленія со стороны мужа, лишеніе мужа дѣеспособности, но только въ случаѣ взятія его подъ опеку за расточительность. Нельзя считать несчастье, постигшее мужа въ видѣ взятія его подъ опеку по причинѣ душевнаго разстройства, основаніемъ къ прекращенію общности къ невыгодѣ мужа, такъ какъ онъ можетъ при прекращеніи общности имущества понести тяжелыя потери. Главнымъ основаніемъ для раздѣла имущества является сильная задолженность мужа. Въ такихъ случаяхъ въ опасности находится не только то, что жена привнесла съ собой при заключеніи брака, и что вошло въ общее имущество, но и то, что жена можетъ приобрести въ будущемъ. По германскому праву внесенное въ бракъ имущество, а также и заработокъ жены, при системѣ общности входятъ въ общее имущество, и англійское положеніе, что жена является собственницей своего заработка, относится только къ законной системѣ имущественныхъ отношеній, а не къ общности имущества. Впрочемъ, и мужъ имѣетъ право рассчитывать на судебное установленіе раздѣльности имущества, если, вслѣдствіе произведенныхъ женою долговъ, общее имущество будетъ настолько отягчено, что можно опасаться поглощенія всѣхъ дальнѣйшихъ приобретеній мужа этими долгами (§ 1468 гражд. улож.).

Всѣ эти основанія для прекращенія общности имущества дѣйствительны только въ силу судебного постановленія. Они дѣйствительны и при полной общности имущества, и во всѣхъ прочихъ видахъ общности имущества. По отношенію къ общности благоприобрѣтеній слѣдуетъ отмѣтить, что необходима забота о внесен-

¹⁾ Допустимо предварительное согласіе на временное управленіе. Дармштадтскій оберландсгер. 22 февраля 1902 г., Дрезденскій 10 іюля, Mugdan IV 103, V 140; Рейхсгер. 2 іюня 1902 г. у Scherer'a das dritte Jahr, стр. 354.

номъ имуществѣ жены при его значительности, и что основаніа, которыя ведутъ къ прекращенію общности имуществъ въ законной системѣ имущественныхъ отношеній и въ иныхъ случаяхъ, примѣнимы и здѣсь, а въ особенности конкурсъ и объявленіе мужа умершимъ. Понятно само собою, что однодѣло, если мужъ управляетъ общимъ имуществомъ, другое, если онъ завѣдуетъ имуществомъ, составляющимъ собственность жены. Поэтому при этой системѣ жена можетъ требовать судебного прекращенія общности имуществъ по тѣмъ же основаніямъ, какъ и при законной системѣ имущественныхъ отношеній, въ особенности во всѣхъ видахъ лишенія дѣеспособности. Вслѣдствіе конкурса и объявленія мужа умершимъ, какъ и объявленія умершей жены, общность благопріобрѣтеній сама собою прекращается (§ 1542). Этому вполне соотвѣтствуетъ требованіе, по которому какъ при законной системѣ имущественныхъ отношеній, такъ и при общности благопріобрѣтеній, при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ, возстановляется прекращенная имущественная система: по волѣ мужа, если опека надъ нимъ прекращена, или если онъ, хотя и объявленъ умершимъ, на самомъ дѣлѣ живъ; по волѣ жены при общности благопріобрѣтенія, прекращенной вслѣдствіе назначенія надъ имуществомъ мужа конкурса, такъ какъ общность благопріобрѣтеній можетъ принести женѣ въ будущемъ большія выгоды (§§ 1425, 1547 гражд. улож.). Возстановленіе происходитъ въ силу судебного рѣшенія.

Въ остальномъ отношенія супруговъ при общности имуществъ являются довольно запутанными, особенно въ состояніи задолженности, но могутъ быть приведены въ ясность примѣненіемъ правильныхъ принциповъ. Въ особенности различаются между собою отношенія къ кредиторамъ или же отношенія супруговъ другъ къ другу. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ кредиторы одного изъ супруговъ могутъ налагать взысканіе на общее имущество, причемъ, въ дальнѣйшемъ, другому супругу предоставляется право требовать уравниенія, поскольку благодаря этому взято изъ общаго имущества пѣчто такое, что подлежало уплатѣ изъ отдѣльнаго имущества этого супруга. Въ особенности это относится къ обязательствамъ, возникающимъ изъ недозволенныхъ дѣйствій; по такимъ обязательствамъ отвѣчаетъ, какъ указано выше, большею частью общность имуществъ; но тотъ изъ супруговъ, на счетъ котораго они относятся, обязанъ дать уравниеніе (§§ 1463, 1536, 1549 гражд. улож.). Такимъ же образомъ отвѣчаетъ передъ кредиторами въ каждой системѣ общности имуществъ общее имущество за

всѣ долги мужа, а значить и при общности благопріобрѣтеній: общее имущество, слѣдовательно, отвѣчаетъ и за добрачные долги мужа, за исключеніемъ системы общности, обнимающей только благопріобрѣтенія въ теченіе брачной жизни, гдѣ долги совершенно не касаются общаго имущества; поэтому мужъ обязанъ возмѣстить ущербъ въ общемъ имуществѣ, поскольку изъ него уплачено нѣчто, что лежало на отдѣльномъ имуществѣ мужа (§ 1536 п. 1 гражд. улож.). Но и въ другихъ случаяхъ является необходимость въ подобномъ уравниніи, какъ напримѣръ въ случаѣ, обогащенія отдѣльнаго имущества одного изъ супруговъ изъ имущества общаго. Если изъ общаго имущества произведенъ выдѣлъ въ пользу общаго ребенка, то эта тягость, согласно постановленію закона, падаетъ на общее имущество, и уравниніе здѣсь само по себѣ, слѣдовательно, закономъ не устанавливается. Если же выдѣлъ превышаетъ размѣръ общаго имущества, то допускается соответственное уравниніе; это относится конечно и къ тому случаю, если подобный выдѣлъ произведенъ въ пользу не общаго ребенка, а ребенка одного изъ супруговъ отъ прежняго брака (§ 1465, 1466, 1538, 1549, гражд. улож.). Уравнинія, которыя являются необходимыми, то въ одномъ случаѣ, то въ другомъ, возможны по закону только по прекращеніи общности имуществъ (§§ 1467, 1541, 1549 гражд. улож.), но существуютъ и исключенія ¹⁾.

При прекращеніи общности имуществъ можетъ имѣть мѣсто и уничтоженіе и разьединеніе общаго имущества. Общее имущество само по себѣ не прекращаетъ своего существованія въ качествѣ общаго, но оно теперь становится общимъ въ томъ смыслѣ, что находится въ общемъ управленіи раздѣльными имуществами мужа и жены (1472). Относительно способа раздѣла допускается соглашеніе. Само собой разумѣется, что это касается урегулированія долговыхъ обязательствъ общаго имущества и достиженія взаимнаго уравнинія. При этомъ заслуживаетъ вниманія то, что супругъ, кромѣ общеправовыхъ послѣдствій, въ силу которыхъ долги распространяются на общее имущество, отвѣчаетъ еще и лично за свои собственные долги, такъ какъ общеправовыя послѣдствія относительно долговъ естественно не освобождаютъ самого

¹⁾ Ученіе объ уравниніи (remplois, recompenses) отлично изложено во французскихъ кутюмахъ см. Valin, Nouveau commentaire sur la coutume de Rochelle II p. 616; Ferrière, Corps et, compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris, къ art. 232.

должника, если на его освобождение не согласны кредиторы. Далѣе, слѣдуетъ также принять во вниманіе, что мужъ отвѣчаетъ лично за всѣ долги общаго имущества, за долги произведенные женой, а также за тѣ, которые должны быть, согласно вышеуказаннымъ принципамъ, уравнины женой. Однако здѣсь существуетъ ограниченіе; онъ отвѣчаетъ за всѣ подлежащіе уравнинію со стороны жены долги лично, но только въ продолженіе существованія общности имущества, освобождаясь отъ этого послѣ прекращенія таковой; послѣ прекращенія общности наступаетъ въ этомъ отношеніи извѣстнаго рода освобожденіе отъ долговъ ¹⁾. Наконецъ, слѣдуетъ принять во вниманіе и то обстоятельство, что между супругами могутъ существовать уравнительныя отношенія. Въ остальномъ, каждый супругъ при раздѣлѣ отвѣчаетъ за непокрытые долги изъ общаго имущества постольку, поскольку на его долю пришлось при раздѣлѣ предметовъ общаго имущества (§§ 1459, 1475, 1480 гражд. улож.). Объ отвѣтственности жены, пережившей своего мужа, за долги изъ общаго имущества въ германскомъ уложеніи, какъ и въ другихъ правахъ, нѣтъ и рѣчи.

Если супруги разведены, и только одинъ изъ нихъ признанъ должникомъ, то онъ по возможности подлежитъ лишенію его выгодъ изъ общности имущества; подробности въ § 1478 гражд. улож.

Въ полной общности имущества имѣютъ значеніе особыя постановленія. Если отъ брака существуютъ дѣти, и вслѣдствіе смерти одного изъ супруговъ бракъ прекращенъ, то должно имѣть мѣсто правильное продолженіе общности имущества между оставшимся живымъ супругомъ и общими дѣтьми, и именно такимъ образомъ, что супругъ, даже если онъ женщина, заступаетъ мѣсто мужа, а дѣти занимаютъ мѣсто другого супруга; при этомъ въ общее имущество поступаетъ не имущество и приобрѣтеніе дѣтей, а только то, что въ немъ находилось ранѣе, и что оставшійся въ живыхъ супругъ прибрѣтетъ въ будущемъ. Эти постановленія основываются на своеобразномъ процессѣ развитія нѣмецкихъ брачныхъ отношеній. Въ нѣкоторыхъ, въ частности во франкскихъ странахъ, общее имущество переходитъ къ оставшемуся въ живыхъ супругу вмѣстѣ съ связанностью имущества дѣтей, въ другихъ эта связанность

¹⁾ Если ради этого существуетъ по отношенію къ нему основаніе для принудительнаго исполненія, то онъ имѣетъ обратное требованіе на такое же исполненіе.

превратилась въ совокупное право дѣтей; такъ дѣло и обстояло во французскихъ кутюмахъ вплоть до Code civil. Это старое городское и несовременное право общности удержало и германское гражданское уложеніе. Дѣло обстоитъ такъ, какъ если-бы умершій супругъ находился въ живыхъ; наслѣдство переходитъ къ дѣтямъ въ тотъ моментъ, когда прекращается общность, и согласно тѣмъ обстоятельствами, которыя на лицо въ этотъ моментъ (§ 1503 гражд. улож.). Общность прекращается въ особенности, если пережившій супругъ эту общность прекращаетъ (черезъ объявленіе суду, которому подвѣдомственно наслѣдство умершаго супруга, или черезъ совершенный публичнымъ порядкомъ договоръ съ потомками), если онъ вторично вступаетъ въ бракъ, или если дѣти вслѣдствіе важныхъ причинъ такового прекращенія потребуютъ (§§ 1492 гражд. улож.)

Продолженная общность имуществъ отягощаетъ жену лично общими долгами, точно также, какъ ранѣе лично ими былъ отягченъ мужъ. Отъ этого отягченія, какъ только оно наступаетъ въ силу продолженной общности имуществъ, жена можетъ избавиться такимъ же образомъ, какъ и наслѣдникъ: она имѣетъ право описи, вызова кредиторовъ и (соотвѣтственно порядку управленія наслѣдствомъ и назначенію надъ нимъ конкурса) требованія общаго управленія совокупнымъ имуществомъ и назначенія общаго конкурса въ отношеніи этого имущества (§ 1489 гражд. улож., § 236 уст. конк. кур.). Кромѣ того пережившій супругъ—здѣсь особенно жена,—какъ наслѣдникъ (въ теченіе обычнаго шестинедѣльнаго срока) можетъ отрѣчься отъ общаго имущества или, какъ говоритъ гражданское уложеніе, отклонить продолженіе общности имущества (§ 1484 гражд. улож.). Пережившій мужъ имѣетъ тоже это преимущественное право, но оно для него не имѣетъ столь большого значенія, вслѣдствіе вытекающей изъ § 1459 личной принципіальной отвѣтственности.

§ 98. Выборъ системы имущественныхъ отношеній долженъ быть совершенъ публичнымъ порядкомъ поскольку здѣсь заинтересованы третьи лица, это значитъ поскольку эти лица, основываясь на законной имущественной системѣ, считаютъ существующимъ право пользованія мужа и заключаютъ съ нимъ соотвѣтственные юридическія сдѣлки; если они дѣлаютъ это по доброй волѣ, сдѣлки считаются настолько же дѣйствительными, какъ если бы мужу было предоставлено право управленія и пользованія, и въ такомъ случаѣ иначе выраженная имущественная система должна

быть обнародована путемъ внесенія въ регистръ имущественныхъ отношеній. Тоже имѣетъ силу, если раздѣльность имуществъ устанавливается позднѣе (§§ 1431, 1435, 1426, 1470, 1545, 1549 гражд. улож.). Болѣе того: если въ регистръ занесена какая нибудь имущественная система, и если она подвергается измѣненіямъ, то запись ея должна послѣдовать и въ томъ случаѣ, если это измѣненіе направлено въ противоположную сторону, и мужъ получаетъ право управленія, а жена теряетъ эти права управленія, которыя она имѣла согласно внесенной въ регистръ имущественной системѣ (§§ 1431, 1435, 1548 гражд. улож.). Дѣло идетъ здѣсь, какъ и при вопросѣ о наслѣдствѣ, о двухъ различныхъ порядкахъ правовыхъ отношеній, именно объ особомъ порядкѣ правовыхъ отношеній для того, кто вступаетъ въ сношенія добросовѣстно, на основаніи постановленій, охраняющихъ добрую совѣсть.

3. Родители, дѣти и права родительской власти.

а) *Законныя дѣти.*

§ 99. Римское право требовало отъ дѣтей исключительнаго служенія семьѣ; ихъ личность совершенно уничтожалась въ семьѣ; всѣ приобрѣтенія дѣтей принадлежали только семьѣ: для нихъ не допустимо никакое личное прибрѣтеніе. Гордый во всемъ остальномъ, римлянинъ былъ рабъ въ своей семьѣ; служеніе въ семьѣ было предварительной школой свободы. Кто въ будущемъ хотѣлъ управлять, долженъ былъ сначала научиться повиноваться. Но уже въ раннемъ періодѣ императорскаго права въ этой строгости были допущены нѣкоторые послабленія. Солдаты получали извѣстное вознагражденіе на службѣ императору, что явилось необходимымъ въ виду того, что они образовывали общество вполне самостоятельное, со своими особыми интересами, очень часто совершенно разобщенное со своими семьями, къ которымъ они принадлежали. Служеніе императору восторжествовало надъ служеніемъ семьѣ, и управленіе прибрѣтеніями, которыя дѣлалъ сынъ во время военной службы государству, не должно было находиться въ рукахъ отца. Такимъ образомъ военная служба въ государственномъ войскѣ разрушила отцовскую власть. Въ дальнѣйшемъ выступаетъ второй элементъ съ такою же разрушительной силой. Уже съ конца второго столѣтія развивается наслѣдственное право въ имуществѣ матери, а это привело

понемногу къ тому, что это имущество матери стало удерживаться въ пользу дѣтей, какъ „bona adventitia“; дѣти становились собственниками этого имущества, чѣмъ ограничивалось право отца на пользованіе этимъ имуществомъ. Юстиніаново право приравняло къ материнскимъ bona adventitia все то, что дѣти приобрѣли извнѣ.

Тѣмъ не менѣе даже въ этихъ своихъ исключеніяхъ, римское право исходило изъ того, что власть отца надъ дѣтьми должна продолжаться на все время жизни отца; эта власть могла прекратиться только съ его разрѣшенія. Дѣти не имѣли раньше никакихъ путей добиваться своего освобожденія, отецъ же отъ своей власти не отказывался. Несомнѣнно, родительская власть надъ дѣтьми могла быть прекращена путемъ эмансипаціи, но такой способъ освобожденія влекъ за собою такіа невыгоды, что могъ оказаться очень скуднымъ подаркомъ; ни государственная служба, ни общественное положеніе, ни женитьба, ничто не могло освободить дѣтей отъ отцовской власти.

Этому понятію семьи въ римскомъ смыслѣ германское право противопоставило другое. И въ германскомъ правѣ отецъ является представителемъ семьи, но только представителемъ, а не единымъ повелителемъ. Семейное имущество принадлежитъ семьѣ и только постепенно становится имуществомъ отдѣльныхъ ея членовъ, связаннымъ и скрѣпленнымъ правомъ пользованія отца. Крупное различіе заключается въ слѣдующемъ: ребенокъ только до тѣхъ поръ находится подъ властью отца, пока онъ живетъ въ семьѣ. Освобожденіе отъ „Were“ освобождаетъ ребенка отъ власти отца, во всякомъ случаѣ отъ семейнаго имущества и отъ ожиданія будущаго наслѣдства. Только въ дальнѣйшемъ развился тотъ взглядъ, что ребенокъ долженъ принимать участіе въ дѣлѣжѣ наслѣдства, когда наступитъ этотъ моментъ, подъ условіемъ внесенія въ составъ наслѣдства полученнаго ранѣе, при выдѣлѣ, имущества.

Такимъ путемъ дѣти освобождались отъ власти отца; они могли требовать освобожденія при достиженіи ими совершеннолѣтія. Сынъ освобождался вслѣдствіе приобрѣтенія самостоятельнаго положенія въ жизни, дочь—путемъ замужества. Такъ постепенно создается уже при жизни отца, рядомъ съ домомъ отца домъ его сына, побочный домъ рядомъ съ главнымъ, второй домъ съ самостоятельнымъ имущественнымъ правомъ, и на мѣстѣ единовластія развивается своего рода федеративная система. Понятно, что семья такимъ образомъ потеряла отчасти свою сплоченность; съ другой

стороны естественно, что такая система свободного развитія личности весьма полезна. Здѣсь говорится объ *emancipatio saxonica* или *germanica*; эта эмансипація составляетъ одинъ изъ основныхъ устоевъ нѣмецкой жизни.

Новѣйшіе законы, между прочимъ и французскій, который основанъ на традиціяхъ французской революціи и рѣшительно возстаютъ противъ абсолютной родительской власти, выработали третью систему,—систему, которая прекращаетъ родительскую власть при достиженіи совершеннолѣтія при всѣхъ обстоятельствахъ. На ряду съ ней допускается существованіе *emancipatio germanica*, но эта послѣдняя имѣетъ здѣсь меньше значенія, такъ какъ случаи возникновенія самостоятельнаго хозяйства до наступленія совершеннолѣтія чрезвычайно рѣдки, или если оно и образуется,—по крайней мѣрѣ у сына,—то совмѣстно съ объявленіемъ его совершеннолѣтнимъ. Этотъ вопросъ возникаетъ только относительно дочери, такъ какъ она очень часто вступаетъ въ бракъ несовершеннолѣтней, и поэтому необходимо выяснить, подлежитъ ли она отцовской власти еще до достиженія ею совершеннолѣтія или нѣтъ.

На ряду съ этимъ въ новѣйшемъ правѣ возникла мысль, которая впрочемъ уже раньше находила себѣ осуществленіе у различнѣйшихъ народовъ,—именно мысль, что на ряду съ властью отцовской, должна существовать и власть *матери*, т. е. вмѣсто власти отцовской, власть *родительская*. Эта идея находится въ связи съ появленіемъ большаго авторитета матери въ семьѣ и признаніемъ ея полноправной личностью въ жизненныхъ сношеніяхъ. Родительская власть можетъ при жизни отца принадлежать вмѣстѣ отцу и матери, но она можетъ также принадлежать одной матери, если отецъ умираетъ или какимъ либо другимъ путемъ теряетъ свою власть, такъ что мать становится на мѣсто отца. Эта мысль крайне плодотворна, такъ какъ даетъ матери совершенно новое положеніе въ семьѣ. Мать имѣетъ не только моральную, но и законную власть дѣйствовать наравнѣ съ отцомъ. Во всякомъ случаѣ и теперь признается, что въ случаѣ спора между супругами отецъ имѣетъ преимущество; но въ тѣхъ весьма многихъ случаяхъ, когда спора нѣтъ, или когда отецъ занятъ дѣлами на короткій или долгій срокъ, выступаетъ мать. И по смерти отца жена должна также управлять домомъ и воспитывать дѣтей, какъ это дѣлалъ отецъ.

Принципъ родительской власти вмѣсто отцовской былъ развитъ во французскомъ правѣ, и здѣсь онъ былъ однимъ изъ средствъ для смягченія абсолютной власти отца.

Новѣйшее нѣмецкое право примкнуло къ результатамъ этого развитія. Съ римской системой было покончено; она никогда не могла создать подъ собою твердой почвы въ нѣмецкой правовой жизни. Емансипаціо сахоніса издавна была общимъ достояніемъ нѣмецкой жизни. Выходъ дѣтей изъ подъ господства (Wege) отца издавна практиковался здѣсь съ германскими правовыми послѣдствіями, несмотря на господство римскаго права. Но еще долгое время придерживались 1) исключительной отцовской власти, а затѣмъ признали 2) что дѣти, пока они не вышли изъ подъ господства (Wege) отца, слѣдовательно, если они послѣ наступленія совершеннолѣтія продолжали еще оставаться въ отцовскомъ домѣ,—подлежать власти отца. Эта система однако имѣетъ много темныхъ сторонъ. Она можетъ въ особенности повести къ недобросовѣстной спекуляціи, затруднить для дѣтей достиженіе самостоятельности, въ особенности выходъ замужъ дочери, въ виду напр. того, что дочь обладаетъ личной собственностью, лишиться пользованія которой представляется нежелательнымъ. Слѣдуетъ вообще сказать, что отцовская власть надъ совершеннолѣтними представляетъ собою или фикцію или же зло. Въ этомъ возрастѣ, по нашему мнѣнію, рѣшающее значеніе должно имѣть лишь моральное воздѣйствіе, а не правовая обязанность, и если дѣти живутъ еще въ домѣ родителей, то по отношенію къ нимъ могли бы получить силу только обязанности, вытекающія изъ принадлежности къ дому, а не особыя обязанности дѣтей, какъ подвластныхъ. Поэтому гражданское уложеніе правильно установило въ § 1626, что дѣти, достигшіе совершеннолѣтія освобождаются изъ подъ родительской власти. Вслѣдствіе этого емансипаціо сахоніса разсматривалась какъ неизбежное явленіе, и было постановлено, что вслѣдствіе брака дочери, власть родителей ослабляется—какъ по отношенію къ личности дочери (§ 1633), такъ и по отношенію къ праву пользованія со стороны отца ея имуществомъ, каковое право прекращается, какъ только пріобрѣтенія поступаютъ въ домъ дочери (§ 1661)—въ остальномъ же продолжается. Подобныя постановленія слѣдуетъ признать правильными, такъ какъ для несовершеннолѣтней дочери важно, чтобы она могла имѣть опору въ родительскомъ домѣ, а въ своихъ имущественныхъ и личныхъ дѣлахъ разсчитывать на отца, какъ законнаго ея представителя.

Въ остальномъ, гражданское уложеніе, согласно предложенію, которое было сдѣлано въ свое время мною и многими другими, изъ отцовской власти создало власть *родительскую*, но конечно не безъ того, чтобы не ввести нѣкоторыхъ ограниченій въ томъ родѣ, напр.,

что при полученіи родительской власти матерью послѣ смерти отца, ей можетъ быть назначенъ особый совѣтникъ; при этомъ такое назначеніе можетъ послѣдовать не только тогда, когда она этого пожелаетъ, но также въ силу воли умершаго мужа или же по инициативѣ опекунаго суда (§§ 1684, 1687 гражд. улож.).

Проблема пребыванія совершеннолѣтнихъ дѣтей въ родительскомъ домѣ разрѣшена уложеніемъ такимъ образомъ, что въ данномъ случаѣ возникаютъ тѣ же отношенія, какъ и между супругами при раздѣльности имуществъ; нельзя рѣшать всѣ споры между членами семьи судебнымъ порядкомъ. Если дѣти удѣляютъ изъ своего имущества что либо въ пользу дома, или если они передаютъ свое имущество родителямъ для управленія, то при сомнѣніи должно быть признано, что такое обращеніе имущества носить болѣе или менѣе дарственный характеръ, и что доходъ съ этого имущества должны поступать въ свободное пользованіе отца или матери (§§ 1618, 1619 гражд. улож.),—два постановленія, изъ которыхъ второе гораздо болѣе соотвѣтствуетъ природѣ отношенія, чѣмъ первое: передача имущества въ управленіе отца предоставить сыну столько выгодъ, а предоставленіе доходовъ настолько оплачивается, что подобныя дѣйствія составляютъ частое явленіе въ жизни; первое постановленіе на дѣлѣ сводится къ тому, что дѣти „никогда не имѣютъ денегъ“, когда дѣло касается жертвы въ пользу родительскаго дома. А относительно личнаго положенія изъ факта принадлежности къ семьѣ вытекаетъ, что дѣти, именно дочери, должны оказывать семьѣ помощь, поскольку это соотвѣтствуетъ ихъ силамъ и общественному положенію, такъ какъ совмѣстная работа является связывающимъ звеномъ, безъ котораго не можетъ обходиться семья (§ 1617 гражд. улож.).

§ 100. Родительская власть, имѣющая своимъ предметомъ печеніе о личности и имуществѣ дѣтей, какъ это само собой понятно, должна подвергаться нѣкоторымъ *ограниченіемъ*. Безграничная власть могла бы быть совмѣстима только или при существованіи сильнаго давленія со стороны семьи, или подъ сильнымъ вліяніемъ другихъ обстоятельствъ, которыя бы создали противо-дѣйствіе могущимъ произойти злоупотребленіямъ. Наше современное общество однако находится не въ такомъ положеніи; невѣроятный индивидуализмъ нашей современной жизни освободилъ отца семьи отъ цѣлаго ряда стѣснительныхъ, но и защитительныхъ элементовъ; случаи наказуемой небрежности, преступнаго расхищенія не рѣдки. Во многихъ семьяхъ царствуетъ чума безнрав-

ственной, анархической, пропитанной алкоголемъ, противообщественной, грабительской атмосферы, такъ что будущимъ поколѣніямъ грозитъ гибель. Здѣсь должно вступить государство.

Государство въ настоящее время ограничиваетъ власть отца семейства не тѣмъ, что оно шагъ за шагомъ наблюдаетъ надъ воспитаніемъ дѣтей. И въ настоящее время господствуетъ еще стремленіе, по возможности меньше вмѣшиваться и вторгаться въ семейныя отношенія, возможно меньше регламентировать и давать индивидуальнымъ обстоятельствамъ даннаго случая, насколько это правомѣрно, возможность полного развитія. Еще господствуетъ та мысль, что нельзя уподоблять семью казармѣ. Однако это имѣетъ свои границы. Иногда можетъ случиться, что власть родителей окажется безсильной въ дѣлѣ воспитанія. Въ такомъ случаѣ можетъ быть призвано государство, и именно въ формѣ опекунскаго суда, для поддержанія родительской власти предоставленными ему мѣрами (§ 1631 гражд. улож.) ¹⁾. Такъ какъ совершенно непозволительно исполнѣ отдавать юное поколеніе тиранніи, эгоизму и даже полной небрежности родителей, оставлять безъ вниманія каждое отдѣльное проявленіе власти, или дать вырасти ребенку въ нечестіи въ безправственности, пьянищѣ и воровѣ. Гражданское уложеніе предоставляетъ поэтому опекунскому суду въ много обсуждавшемся § 1666 (1838) право, примѣнять подходящія съ его точки зрѣнія мѣры въ случаѣ грозящей нравственному или физическому состоянію ребенка опасности,—опасности, которой онъ подвергается вслѣдствіе злоупотребленія отцомъ своимъ правомъ по отношенію къ ребенку, небрежности или предоставленія его безчестной и безнравственной жизни. Такимъ образомъ власть родителей ограничивается, а въ нѣкоторыхъ пунктахъ и совсѣмъ уничтожается. Возбужденіе вопроса о подобномъ вмѣшательствѣ допустимо съ разныхъ сторонъ, и противъ отклоненія или примѣненія подобныхъ мѣръ можетъ быть совершенно обжалованіе. Право обжалованія принадлежитъ не только роднымъ и свойственникамъ, но и ребенку, если ему по меньшей мѣрѣ четырнадцать лѣтъ и онъ исполнѣ дѣеспособенъ. См. часто уже упоминавшіеся § 57 и 59 закона о добровольной подсудности. Опекунскій судъ можетъ вмѣшаться, когда

¹⁾ Противъ злоупотребленій и обмановъ существуетъ право обжалованія, которое принадлежитъ и четырнадцатилѣтнему ребенку (§ 59 зак. о добр. под.).

опасность грозить не только данному лицу, но и имуществу, вследствие дурнаго управления им¹⁾.

Видъ и характеръ содержанія, которое должно быть обезпечено дѣтямъ, независимо отъ того, предоставляется ли оно въ семьѣ или внѣ ея, зависитъ всѣцѣло отъ усмотрѣнія носителя родительской власти. Но и здѣсь, при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ, можетъ вмѣшаться опекунскій судъ, по крайней мѣрѣ тогда, когда ребенокъ сдѣлаетъ заявленіе о перемѣнѣ обстоятельствъ, напримѣръ когда онъ заявляетъ желаніе воспитываться внѣ дома, въ другой обстановкѣ. Въ этомъ случаѣ вопросъ долженъ рѣшаться опекунскій судъ, согласно съ обстоятельствами (§ 1612 гражд. улож.). Ребенокъ въ указанныхъ выше случаяхъ, можетъ обжаловать постановленіе опекунскаго суда.

Къ этому присоединяется еще то, чему въ новѣйшее время такъ горячо сочувствовали, а именно, чтобы ребенокъ въ нѣкоторыхъ обстоятельствахъ отбирался отъ семьи и передавался подъ попеченіе государства. Это попеченіе, его формы и способы его проведенія не регулируется, однако, имперскими законами, но предоставлены по § 135 гражд. улож. мѣстному законодательству. Въ большинствѣ государствъ изданы относящіеся сюда нормы²⁾, между прочимъ въ Пруссіи въ важномъ законѣ 2 іюля 1900 г., которыми установлено, что малолѣтніе, не достигшіе восемнадцатилѣтняго возраста, могутъ быть отданы попеченію государства до достиженія ими совершеннолѣтія, главнымъ образомъ въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ выше приведенномъ § 1666³⁾, но и въ случаѣ преступнаго поведенія, которое не можетъ быть преслѣдуемо судебнымъ порядкомъ вследствие несовершеннолѣтія, или если домашнее воспитаніе настолько несовершенно, что грозитъ нравственности ребенка. Это попеченіе о ребенкѣ приводится въ

¹⁾ См. рѣш. камергерихта отъ 30 декабря 1901 г. Mugdan IV, стр. 359.

²⁾ Сопоставленіе даетъ Гейгель въ Zeitschr. für bürgerl. und franz. Civillr. XXXIV, стр. 51. Нѣкоторыя государства имѣли уже раньше подобныя же постановленія, напр., Гамбургъ, отъ 6 апрѣля 1887 г. См. объ этомъ рѣш. Гамбург. оберландсгер. 27 сентября 1900 г. Hanseatische Gerichtsz. 1901 Beibl., стр. 39.

³⁾ Опекунскій судъ самъ собою можетъ отдавать ребенка на воспитаніе въ чужую семью въ случаѣ, предусмотрѣнномъ § 1666 (на счетъ отца); къ попеченію государства надо прибѣгать только тогда, когда въ ней является необходимостью предохранить ребенка отъ заброса. Это важно въ смыслѣ содержанія, см. Nölle въ Arch. für bürgerl. R. XXI, стр. 86, и здѣсь указанную судебную практику камергерихта; см. еще Mugdan IV, стр. 111; 273.

исполненіе при помощи спеціальныхъ учреждений, предназначенныхъ для этихъ случаевъ, или же въ отдѣльныхъ семьяхъ. Въ послѣднемъ случаѣ должны быть назначены особые попечители и попечительницы для надзора за воспитаніемъ. Малолѣтній можетъ быть отданъ въ обученіе, и относительно этого обученія можетъ быть заключенъ договоръ (§ 9 улож. прусск. зак.) ¹⁾. Относительно вознагражденія за попеченія въ различныхъ государствахъ существуютъ различныя установленія. Въ Пруссіи оно возлагается на общинные союзы, но такимъ образомъ, что двѣ трети расходовъ беретъ на себя государство, съ одной стороны, къ то время какъ общинные союзы имѣютъ право требовать уплату суммъ съ лицъ, обязанныхъ доставлять содержаніе (§§ 15, 16 Прусск. з.).

§ 101. Родительская власть сообщаетъ право распоряженія личностью и имуществомъ дѣтей, но вмѣстѣ съ тѣмъ также и право пользованія имуществомъ (§§ 1627, 1638, 1649). Это право носитъ нѣсколько особый характеръ: кто пользуется имуществомъ, тотъ используетъ вещь въ собственномъ интересѣ; управленіе же имуществомъ происходитъ въ интересахъ ребенка. Кто пользуется, тотъ пользуется отъ собственного имени, управленіе же имуществомъ совершается отъ имени ребенка. Этого дуализма не замѣчается въ римскомъ правѣ; въ современномъ римскомъ правѣ должны были признать, что отецъ семейства управляетъ имуществомъ и распоряжается имъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, отъ своего имени. Иначе дѣло обстоитъ въ наши дни: управленіе есть управленіе отъ чужого имени.

Управленіе отъ чужого имени предполагаетъ правомочія представителя. Этимъ представителемъ является носитель родительской власти: кто заботится о личности, заботится и о всѣхъ дѣлахъ этой личности; кто заботится объ имуществѣ, имѣетъ заботы и о всѣхъ дѣлахъ, касающихся этого имущества (§ 1630 гражд. улож.). Отчужденіе имущества производится, поэтому, не отъ имени отца семейства, а отъ имени ребенка. Всѣ пріобрѣтенія дѣлаются отъ имени ребенка, причемъ имѣетъ значеніе та особенность, что въ отношеніи движимыхъ предметовъ вещи, пріобрѣтенныя взаимно другими, въ случаѣ сомнѣнія, считаются пріобрѣтенными якобы отъ имени ребенка (§ 1646 гражд. улож.).

Власть представителя подвергается опредѣленнымъ ограниче-

¹⁾ Общинный союзъ не нуждается въ согласіи опекунаго суда, рѣш. камергерихта 6 сент. 1902 г. Mugdan V, стр. 290.

ніямъ, которыя подлежатъ разсмотрѣнію совмѣстно съ правилами объ имуществѣ.

Пользованіе даетъ отцу право извлекать изъ имущества доходы, или, болѣе того, онъ становится собственникомъ въ отношеніи естественныхъ плодовъ. Что же касается гражданскихъ плодовъ, то онъ имѣетъ право присвоить ихъ себѣ. Однако здѣсь необходимо отмѣтить нѣкоторую особенность. Если имущество состоитъ изъ потребляемыхъ вещей, то, какъ и при пользованіи имуществомъ жены со стороны мужа, пользованіе не имѣетъ характера пользовладѣнія: отецъ не становится собственникомъ, но имѣетъ право не только потребленія, но и отчужденія предметовъ отъ своего имени, напр. ему принадлежитъ право пускать въ оборотъ деньги. Во всякомъ случаѣ на немъ лежитъ обязанность заботиться объ интересахъ ребенка и расходовать деньги на себя только съ согласія опекуна суда, причемъ это есть обязательное предписаніе, а не вещное ограниченіе (§ 1653 гражд. улож.). Если ребенокъ имѣетъ доходное предпріятіе, то отецъ могъ бы поэтому каждый денежный доходъ израсходовать на себя, но съ обязанностью не прекращать этого доходнаго предпріятія. Здѣсь однако законодательство вмѣшиваются и ограничиваетъ права отца слѣдующимъ образомъ: онъ не уполномоченъ израсходовать деньги на себя, но можетъ брать въ составъ своего имущества и присваивать себѣ только чистый годовой доходъ съ предпріятія (§ 1655 гражд. улож.); иное поведеніе имѣло бы видъ распоряженія чужимъ имуществомъ и подлежало бы дѣйствію особыхъ постановленій (§ 247 угол. улож.). Нѣкоторые виды имущества, именно заработная плата ребенка изъята изъ пользованія отца: это свободное имущество дитяти; точно также третье лицо, которое предоставляетъ имущество дитяти, можетъ постановить, чтобы оно составило свободное имущество послѣдняго; это лицо можетъ даже постановить, чтобы отецъ былъ лишенъ права управленія предоставленнымъ имуществомъ (§§ 1638, 1651 гражд. улож.).

§ 102. Что же касается управленія имуществомъ, которое совершается, какъ указано раньше, именемъ дитяти, то отецъ является не столь ограниченнымъ какъ опекутъ, хотя и онъ подлежитъ различному *контролю*. Пока живы оба супруга, имущество дитяти не нуждается въ описи, такъ какъ считается, что существованіе въ живыхъ другого супруга въ достаточной мѣрѣ предохраняетъ отъ произвольнаго расходванія, легкомысленнаго обращенія и безпорядочнаго растрачиванія имущество дѣтей. Но какъ только одинъ

супругъ умираетъ, другой имѣетъ право подвергнуть имущество дитяти описи (§§ 1640, 1686 гражд. улож.), Отецъ и здѣсь не подлежитъ правильному надзору и не обязанъ отчетомъ, но тутъ имѣетъ значеніе слѣдующее:

1) Онъ имѣетъ опредѣленную обязанность помѣщать капиталы опекаемаго для приращенія ихъ процентами (§§ 1642, 1686 гражд. улож.);

2) Онъ подлежитъ опредѣленнымъ ограниченіямъ во власти представителя; въ особенности что касается недвижимаго имущества ¹⁾; но и во всѣхъ прочихъ предпріятіяхъ болѣе серьезнаго и рискованнаго характера, онъ обязанъ заручаться согласіемъ опекунскаго суда: только въ томъ случаѣ становится его власть представителя полной. Впрочемъ, также какъ и опекуну, восполненіе власти представительства можетъ быть сообщено впередъ въ отношеніи денежныхъ займовъ, подписыванія векселей, исполненія обязанностей поручительства, что иногда, если дитя является владѣльцемъ торгово-промышленнаго предпріятія или совершаетъ банковую сдѣлку, является неизбѣжнымъ. (§§ 1643, 1821). Въ остальномъ все отмѣченное примѣнимо, вполне естественно, какъ къ свободному, такъ и къ не свободному имуществу дитяти находящемуся въ управленіи отца.

3) Право управленія можетъ быть ограничено и совершенно отнято (см. выше).

Такимъ образомъ въ дѣлѣ управленія имуществомъ положеніе отца приближается къ положенію представителя, но неодинаково съ послѣднимъ. Въ особености по отношенію къ отцу не могутъ быть предъявляемы одинаковыя съ опекунскимъ притязанія касательно попеченія надъ дитятей, и его отвѣтственность имѣетъ мѣсто только при т. наз. *culpa in concreto*. Было бы слишкомъ большой абстракціей требовать отъ отца отдачи себя исключительно попеченію о дѣлахъ дѣтей и поставить его на положеніе управляющаго чужимъ имуществомъ (§ 1664 гражд. улож.).

¹⁾ Въ этомъ отношеніи существуютъ облегченія по сравненію съ опекунскою властью, а именно, отцу разрѣшается пріобрѣтать земельные участки безъ разрѣшенія опекунскаго суда (§§ 1643, 1821 гражд. улож.). См. рѣш. камергерихта 14 апрѣля 1902 г. *Mugdan V* стр. 183. Имѣетъ ли онъ на это право, если переходятъ и ипотечные долги? Это утверждаютъ на основаніи § 1822 п. 10, но очевидно неправильно. Этотъ вопросъ имѣетъ мѣсто по отношенію къ тому случаю, когда пріобрѣтается земельный участокъ и обременяется путемъ ипотеки покупной цѣной. См. рѣш. Мецкаго оберландсгер., *Zeitschr. Els.—Lothring.*, XXVII, 160.

§ 103. Ученіе о происхожденіи дѣтей изъ законнаго брака въ прежнія времена выходило изъ той мысли, которая выражена въ словахъ: „Pater est quem nuptiae demonstrant“. Эта мысль возникаетъ изъ всего изложеннаго выше и служитъ девизомъ патриархальной семьи въ томъ видѣ, въ какомъ ее знаетъ индогерманская и семитская жизнь. Жена, а вмѣстѣ съ нею и ея ребенокъ, независимо отъ вопроса о его происхожденіи, принадлежатъ мужу. Приведенное положеніе въ послѣдствіе было развито дальше и въ настоящее время имѣетъ значеніе въ слѣдующихъ двухъ важныхъ примѣненіяхъ ¹⁾, Одно изъ нихъ, несомнѣнно, имѣетъ и другой юридическій мотивъ: если есть даже только *возможность* происхожденія ребенка отъ мужа, то онъ безъ дальнѣйшаго разсматривается какъ законный; возможность стоитъ здѣсь наравнѣ съ дѣйствительностью; не требуется даже вѣроятности. Это положеніе въ наше время основывается еще и на томъ, что въ такихъ вещахъ не можетъ быть приведено какого либо точнаго доказательства, и что столь важные интересы, какъ интересы дѣтей и родителей, не могутъ основываться на предположеніяхъ и на большей или меньшей степени вѣроятности. И если, поэтому, ребенокъ родился при такихъ обстоятельствахъ, которые допускаютъ только возможность происхожденія его отъ мужа, то законность его рожденія не можетъ быть оспариваема. Это имѣетъ значеніе въ особенности въ томъ случаѣ, если рожденіе его произошло еще во время брака. Нѣкоторые права требовали этого, какъ необходимое условіе. Германское право, напротивъ того, утверждаетъ, что если ребенокъ, рожденный въ бракѣ, зачатъ раньше, то онъ имѣетъ права законнаго ребенка, въ предположеніи возможности того, что мужъ и есть то лицо, отъ котораго онъ произошелъ, вслѣдствіе сожителства съ матерью до брака. Различіе этихъ двухъ случаевъ заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ такое сожителство предполагается, во второмъ нѣтъ, или по крайней мѣрѣ не безусловно (§ 1591).

Второе слѣдствіе вышеуказаннаго положенія—слѣдствіе, примѣняемое далеко не всѣми правами—заключается въ слѣдующемъ:

¹⁾ Само собою разумѣется, что эти примѣненія удержались потому, что они подходятъ къ нашимъ отношеніямъ. Но кто на этомъ основаніи отрицаетъ указанную юридическую преемственность, обнаруживаетъ недостатокъ историческаго пониманія и не заслуживаетъ опроверженія.

если мужъ признаетъ ребенка своимъ, тогда третьи заинтересованные лица не могутъ возражать, и ребенокъ признается законнымъ не только по отношенію къ нему, но и всей семьѣ. Такимъ образомъ можетъ возникнуть одинъ изъ видовъ усыновленія, съ послѣдствіемъ, далеко превосходящимъ послѣдствія законнаго усыновленія. Въ правильности этого положенія можно болѣе или менѣе сомнѣваться, можно въ особенности возражать противъ того, чтобы терпимость мужа, направленная къ тому, чтобы получить такимъ путемъ потомство и, можетъ быть, обмануть тѣмъ ожиданія родственниковъ, такъ какъ онъ противъ желанія этихъ послѣднихъ вводитъ въ свою брачную жизнь ребенка,—могла находить одобреніе правового порядка.

Съ другой стороны слѣдуетъ возразить, что если мужъ признаетъ законность ребенка, то здѣсь совершенно не подобаетъ третьимъ лицамъ вмѣшиваться, разстраивать брачную жизнь и дѣлать разслѣдованія, такъ какъ это можетъ повести къ безплоднымъ скандаламъ и отвратительному вскрытію обстоятельствъ интимной семейной жизни. Слѣдуетъ, повтому, отдать въ этомъ отношеніи предпочтеніе постановленію гражданскаго уложенія, съ тою оговоркой, что это постановленіе, какъ и все человѣческое, также имѣетъ свои несовершенства. Гражданское уложеніе идетъ еще дальше и объявляетъ равносильнымъ признанію, если мужъ, имѣя извѣстіе о рожденіи ребенка, пропустилъ срокъ для опротестованія законности его происхожденія. Этотъ срокъ равняется одному году, и оспариваніе правомѣрнымъ путемъ совершается при помощи иска о незаконности рожденія, пока ребенокъ еще живъ. Если же мужъ умираетъ до истеченія этого срока и безъ признанія, то дѣло находится въ *status quo*; силу имѣетъ то правовое положеніе, которое создано было рожденіемъ ребенка; не можетъ послѣдовать какого нибудь юридическаго дѣйствія въ цѣляхъ улучшенія правового положенія и созданія не существующей самой по себѣ законности рожденія; ребенокъ тѣмъ самымъ считается вѣнбреннымъ, что нѣтъ возможности предположить, что онъ родился отъ мужа, въ противномъ же случаѣ онъ считается законнымъ. Оспариваніе со стороны родственниковъ для удостовѣренія послѣдняго факта не требуется, да оно и невозможно: нѣтъ болѣе рѣчи объ искѣ о незаконности рожденія, а, самое большее, только объ искѣ о признаніи существованія или несуществованія отношеній между родителями и дѣтьми (§ 1591 гражд. улож. и § 640 уст. гражд. суд.). Только одинъ пунктъ можетъ быть еще принятъ здѣсь во вни-

маніе,—то, что рожденіе ребенка запоздало сравнительно съ временемъ окончанія срока, и произошло за предѣлами законнаго времени, такъ на примѣръ не въ 307 день, а нѣсколькими днями позже ¹⁾. Въ такомъ случаѣ на помощь можетъ явиться врачебное свидѣтельство въ томъ, что періодъ беременности затянулся на болѣе долгое время, и сохранить ребенку законность его происхожденія, въ каковомъ случаѣ принимается, что онъ былъ зачатъ въ послѣдніе дни брака (§ 1592 гражд. улож.).

б) Внѣбрачныя дѣти.

§ 104. Право очень много и въ различныхъ направленіяхъ занималось регулированіемъ отношеній къ внѣбрачнымъ дѣтямъ ²⁾. У новѣйшихъ народовъ можно установить три системы, существенно отличающіяся другъ отъ друга. Одна система получила большое значеніе подъ вліяніемъ римскаго права. Внѣбрачныя дѣти стоятъ наравнѣ съ законными, но благодаря тому, что лицо, отъ котораго они произошли не удостовѣрено и не имѣетъ съ ними долгихъ сношеній, они не имѣютъ никакого отношенія ни къ нему, ни къ его семьѣ—*patrem non habent*; по отношенію же къ матери и къ ея роднымъ они находятся на юридическомъ положеніи законныхъ дѣтей. Другими словами: во вниманіе принимается не порочность или нечистота зачатія, а идея недостовѣрности; тутъ слѣдуетъ различать не моральные, а интеллектуальные моменты. Эта система, хотя и имѣетъ очень симпатичное основаніе, но далеко несовершенна; такъ какъ, хотя и не всегда, но все же часто допускается въ опредѣленіи личности отца большая степень вѣроятности; если римское право установило для дѣтей, происшедшихъ отъ конкубинатовъ, и только для нихъ, правильное отношеніе къ лицу, отъ котораго они произошли, то это надо считать большимъ несовершенствомъ, которое до нѣкоторой степени стремились исправить въ современномъ пандектномъ правѣ.

Вторая система заключается въ томъ, что внѣбрачныя дѣти ставятся на низшую ступень существованія. Эта правовая мысль

¹⁾ По предположенію закона беременность продолжается отъ 181 до 302 дней.

²⁾ Очень цѣнное сопоставленіе этихъ законовъ даетъ намъ Neubauer. *Zeitschrift für vergl. Rechtsw.*, III, стр. 321, IV, стр. 362 и въ сочиненіи: *Das in Deutschland geltende Erbrecht*, стр. 47.

часто встрѣчается у различныхъ народовъ, и нигдѣ не находила себѣ болѣе сильнаго выраженія, какъ въ германскомъ правѣ, впрочемъ не во всѣ времена, а лишь въ нѣкоторые періоды его развитія. Внѣбрачныхъ дѣтей ограничивали въ общественной жизни, лишали ихъ возможности принимать участіе въ гильдіяхъ и государственной службѣ и тѣмъ самымъ отводили имъ меньшую сферу общественной дѣятельности. Но и права родителей были сильно ограничены, и не только отца и его родныхъ, но и матери и ея родныхъ. Этимъ недостаткомъ страдаютъ еще и теперь англійское и многія американскія права. Но и нѣмецкія законы были имъ проникнуты. Еще Прусское земское право постановило, что внѣбрачныя дѣти обладаютъ всѣми наслѣдственными правами только по отношенію къ матери, но не къ ея роднымъ; тоже и въ австрійскомъ правѣ. *Code civil* также уничтожаетъ права внѣбрачныхъ дѣтей по отношенію къ родственникамъ отца и матери, и даетъ ему лишь ограниченное право по отношенію къ матери.

Третья система стремится приблизить внѣбрачныхъ дѣтей къ законнымъ. Во всякомъ случаѣ, что касается отца и его фамиліи, то еще нигдѣ не достигнуто полного уравненія. Здѣсь имѣетъ значеніе отчасти неустановленность личности отца, отчасти и различіе между отцомъ и матерью въ сословномъ положеніи, такъ какъ ребенокъ воспитывается часто въ такомъ кругу, который не можетъ быть желателенъ для фамиліи отца. Вслѣдствіе этого была установлена слѣдующая система: отцу дано право признавать ребенка своимъ, или же нѣтъ. Признаніе должно было поднять ребенка и ввести болѣе или менѣе въ семью мужа. Заслуга французскаго гражданскаго права заключается въ томъ, что оно дало ребенку въ случаѣ признанія его отцомъ наслѣдственные права, хотя и ограниченныя. Нѣкоторые новые законы пошли еще далѣе, какъ напримѣръ Бернскій законъ отъ 4 іюля 1863 г., давшій полное право ребенку не только по отношенію къ отцу, но и къ его семьѣ. Если же отецъ ребенка не признаетъ, то на немъ лежитъ обязанность выдачи содержанія; въ остальномъ ребенокъ чуждъ какъ отцу, такъ и его семьѣ. Только въ извѣстныхъ случаяхъ, если семьѣ грозитъ нищета или выселеніе, внѣбрачный ребенокъ разсматривается законодательствомъ наравнѣ съ законнымъ.

Гражданское уложеніе имѣетъ передъ прежними правами то преимущество, что оно сохраняетъ внѣбрачному ребенку полное

юридическое положеніе не только по отношенію къ матери, но и ко всѣмъ ея роднымъ ¹⁾, другими словами: оно возвратилось къ положеніямъ римскаго права, покинутымъ нѣмецкимъ правомъ въ тяжеломъ заблужденіи и грубомъ поправіи чловѣческихъ правъ.

Оно даетъ ребенку по отношенію къ лицу, отъ котораго онъ произошелъ, только очень ограниченныя права, только право поддержки, и здѣсь признаніе отца къ сожалѣнію можетъ оказать весьма незначительную помощь, такъ какъ признаніе въ этомъ случаѣ имѣетъ только то значеніе, что дѣлаетъ такъ называемое *exsertio plurium* невозможнымъ и облегчаетъ узаконеніе, такъ по §§ 1718 и 1720, но не въ состояніе предоставить ребенку юридическаго положенія по отношенію къ отцу и къ его роднѣ,—обстоятельство, являющееся печальнымъ шагомъ назадъ сравнительно съ *Code civil* и противорѣчіемъ новѣйшимъ правовымъ воззрѣніямъ.

Въ этомъ отношеніи германскій законъ не оправдалъ надеждъ, на него возлагавшихся. Тѣмъ не менѣе онъ дѣлаетъ крупный шагъ впередъ тѣмъ, что въ немъ сдѣланы значительныя измѣненія въ обязанности отца давать содержаніе. Въ то время какъ обязанность эта въ прежнее время была обязательна только въ случаѣ нужды матери, въ настоящее время она превратилась въ обязанность отцовскую, какъ и при бракѣ, только со слѣдующими различіями: 1) содержаніе выдается деньгами, и отецъ не имѣетъ права брать ребенка на свое воспитаніе; 2) содержаніе оказывается согласно закону до 16 лѣтняго возраста,—и 3) оно не связано другими правами заботъ о ребенкѣ. Различается общественное положеніе не отца, а матери; ребенокъ воспитывается соотвѣтственно положенію матери, и согласно съ нимъ выдается содержаніе. Отецъ обязанъ, если мать богата или занимаетъ видное общественное положеніе, выдавать содержаніе соотвѣтственно положенію матери, въ случаѣ же бѣдности содержаніе, могущее удовлетворить насущнымъ потребностямъ. Другими словами: содержаніе должно быть такимъ же, какъ и при законномъ ребенкѣ, который

¹⁾ Полное положеніе, однако съ нѣкоторыми особенностями: мать, не находящаяся въ бракѣ, имѣетъ попеченіе о личности ребенка, но не имѣетъ ни родительской власти, ни правъ представителя; ребенокъ нуждается поэтому въ опекунѣ, а опекунъ является одновременно и совѣтникомъ матери, поскольку ей принадлежитъ попеченіе о личности, § 1707 гражд. улож. Само собой разумѣется, опекунскій судъ можетъ вмѣшаться въ попеченіе о личности. Относительно права на имя § 1706 гражд. улож.

растетъ въ условіяхъ общественнаго положенія матери. Законъ особенно ясно высказалъ это въ томъ положеніи, что обязанность отца давать содержаніе стоитъ на первомъ мѣстѣ, и преимущественно передъ матерью (§§ 1708, 1709 гражд. улож. ¹⁾).

Этимъ самымъ современное германское право приблизилось къ принципамъ отцовства, и, по крайней мѣрѣ, въ одномъ пунктѣ рассматриваетъ ребенка наравнѣ съ законнымъ. Большее уравненіе наступаетъ, если ребенокъ произошелъ отъ ничтожнаго брака. Здѣсь, какъ извѣстно, имѣетъ значеніе основной принципъ путативнаго брака, если только одинъ изъ супруговъ дѣйствовалъ при вступленіи въ бракъ добросовѣстно. Въ такомъ случаѣ ребенокъ обладаетъ правами законнаго. Если же этого нѣтъ, то ребенокъ обладаетъ правомъ на содержаніе на все время жизни отца, и только съ его смертью освобождается изъ отцовской семьи (§ 1703).

Основную проблему составляетъ юридическое положеніе ребенка послѣ смерти отца, отъ котораго онъ произошелъ. Такъ какъ ребенокъ не имѣетъ наслѣдственныхъ правъ по отношенію къ нему, то ему дается право на содержаніе изъ наслѣдства, которое можетъ быть покрыто выдачей ему суммы, равной обязательной долѣ, причитающейся законному ребенку: вѣнчаемый ребенокъ не можетъ требовать отъ закона большаго сравнительно съ дѣтьми законными (§ 1712 гражд. улож.).

§ 105. Гражданское уложеніе приняло институтъ *узаконенія* вѣнчаемыхъ дѣтей, имѣющій свои корни въ византійскомъ правѣ и разработанный правомъ каноническимъ. Вѣнчаемый ребенокъ становится законнымъ, какъ только родители его вступаютъ въ бракъ, независимо отъ промежутка времени между рожденіемъ ребенка и бракомъ. Узаконеніе должно служить даже интересамъ потомства вѣнчаемаго ребенка, если этотъ послѣдній умеръ до брака своихъ родителей (§§ 1719, 1722 гражд. улож.). Польза этого института настолько глубоко проникла въ сознаніе современнаго общества, что его приняли даже нѣкоторые американскія права ²⁾.

¹⁾ Къ этому прибавляется попеченіе о матеряхъ во время родовъ. § 1715 гражд. улож. Это не вознагражденіе: давать вознагражденіе лицо, отъ котораго долженъ произойти ребенокъ, не уполномочено, и если мать вслѣдствіе родовъ теряетъ свою службу, то это не возмѣщается: *habeat sibi*; къ вознагражденію должны бы были быть особыя обстоятельства. См. рѣшенія у Scherer'a, *das dritte Jahr*, стр. 387 сл.

²⁾ *Hammond*, въ своихъ *Notes* къ Блекстону I, стр. 793.

Много было приведено доводовъ въ пользу и противъ этого установленія. Въ особенности утверждалось, что возможность узаконенія въ будущемъ развиваетъ легкомысліе и побуждаетъ многихъ къ недозволеннымъ связямъ въ расчетъ на возможность заключенія брака въ будущемъ. Но эти доводы меркнуть передъ тѣмъ благомъ, которымъ одѣляются вѣнчающіеся дѣти, такъ какъ каждый вѣнчающійся ребенокъ, когда онъ становится законнымъ, возвышается въ своемъ общественномъ положеніи, и его нравственная будущность можетъ быть неограниченно улучшена. Институтъ этотъ можно только всѣми силами поддерживать, не останавливаясь передъ одиночными случаями злоупотребленій. И это тѣмъ болѣе, что въ Германіи при этомъ нужно считаться еще съ однимъ моментомъ. Въ этой странѣ не исчезло представленіе о томъ, что между обрученными женихомъ и невѣстой возможно сожитіе, и что ребенокъ невѣсты стоитъ наравнѣ съ брачнымъ; это представленіе отличается своей живучестью. Отрѣзать этимъ дѣтямъ возможность узаконенія было бы формалистической жестокостью.

Если заключеніе брака между лицами, прижившими дѣтей, совершилось, то ребенокъ становится законнымъ, и именно съ момента заключенія брака. Это не означаетъ вполнѣ то, что ребенокъ былъ законнымъ съ самаго начала, но съ другой стороны онъ получаетъ всѣ права законнаго и по отношенію къ отцу, и по отношенію къ его роднымъ, такъ что дѣло имѣетъ такой видъ, какъ бы онъ заново родился въ моментъ заключенія брака.

Однако это благословенное послѣдствіе основывается на предположеніи, что бракъ будетъ заключенъ, а это между тѣмъ случается не всегда; такъ, если одинъ изъ супруговъ умретъ, то вѣнчающему ребенку отрѣзана возможность стать въ юридическое положеніе законнаго. Къ устраненію этого несчастья еще въ римскомъ правѣ, а также и въ Германіи, стремились приискать средство. Такимъ средствомъ явился институтъ *легитимации* или сопричтенія вѣнчающаго ребенка, по распоряженію власти, къ законнымъ дѣтямъ; въ римскомъ правѣ это дѣлалось путемъ *legitimatio per rescriptum principis*. Въ современномъ правѣ Германіи легитимация вѣнчающаго ребенка со стороны государства (рескриптъ) считается уже не специальнымъ закономъ для каждаго отдѣльнаго случая,—закономъ, который одинъ только и имѣетъ рѣшающее значеніе, независимо отъ другихъ привходящихъ и несущественныхъ моментовъ. Легитимация теперь имѣетъ силу только при содѣйствіи цѣлаго ряда элементовъ, изъ которыхъ въ качествѣ необходимыхъ имѣютъ значеніе: 1) заявленіе лица, отъ ко-

торого произошелъ вѣбращный, съ сопровождающимъ его согласіемъ ребенка и другихъ лицъ (матери ребенка и жены лица, отъ котораго онъ произошелъ), а затѣмъ 2) дополнительный актъ органа административной власти, основанный на указанныхъ данныхъ, при чемъ означенному органу власти предоставляется дѣйствовать по соображеніямъ цѣлесообразности и по справедливому усмотрѣнію или признать законность вѣбращнаго ребенка, или отвергнуть ее (§ 1723 гражд. улож.). Признаніе законности рожденія носитъ названіе *сопри- чтенія вѣбращныхъ дѣтей къ законнымъ* (легитимация). Этотъ институтъ могъ бы быть тоже очень благотворенъ, но онъ обладаетъ тѣмъ недостаткомъ, что создаетъ юридическія отношенія только между ребенкомъ и отцомъ, оставляя въ сторонѣ родныхъ отца и является такимъ образомъ полумѣрой (§ 1736). Ребенокъ пріобрѣтаетъ отца, но не семью. Пора бы уже было исправить это положеніе дѣла какимъ нибудь путемъ, напр. посредствомъ допущенія семейныхъ договоровъ или чего либо подобнаго, какъ то дѣлало старое германское право. Можно было бы можетъ быть устроить дѣло такимъ образомъ, чтобы обращаться къ совершеннолѣтнимъ членамъ семьи съ соответствующими вопросами и предлагать имъ высказаться по этому дѣлу, а затѣмъ уже предоставить административной власти, рассмотрѣвъ доводы и возраженія, сдѣлать свое опредѣленіе. Такимъ путемъ могло бы быть достигнуто полное узаконеніе со вступленіемъ въ отцовскую семью. Этого, однако, не сдѣлано; законодательная власть была ослаблена безвременьемъ; до творчества новыхъ институтовъ редакторы уложенія не могли возвыситься.

в) Искусственное родство.

§ 106. *Усыновленіе* (adoptio) признается новѣйшими законами въ качествѣ общаго и вспомогательнаго института, допускаемаго на правахъ исключенія на случай бездѣтности. Имъ создаются юридическія отношенія между усыновляющимъ и усыновляемымъ, но безъ принятія этого послѣдняго въ составъ семьи усыновителя. Въ этомъ отношеніи онъ страдаетъ половинчатостью: усыновленный получаетъ права по отношенію къ своему пріемному отцу, но продолжаетъ быть членомъ своей собственной семьи, оставаясь чуждымъ семьѣ своего пріемнаго отца. Но эта половинчатость объясняется нежелательностью насильно вводить чужого ребенка въ семью пріемнаго отца. Въ подобномъ ограниченіи, од-

нако, нѣтъ необходимости; и въ этомъ случаѣ мыслима возможность созданія юридическихъ отношеній между семьей пріемнаго отца и усыновляемымъ, путемъ опроса совершеннолѣтнихъ членовъ семьи до извѣстной степени родства. Отношенія такого рода, что усыновленный стоитъ въ юридической связи только съ однимъ членомъ семьи, имѣетъ свою опасность; они создаютъ нѣкоторый разъединяющій элементъ въ сплоченности семейной жизни.

Въ остальномъ усыновленіе вездѣ представляетъ собою *adoptio minus plena* въ томъ смыслѣ, что усыновляемый имѣетъ наравнѣ съ законнымъ всѣ права по отношенію къ пріемному отцу, а, слѣдовательно, и полныя наслѣдственные права, если при усыновленіи не было сдѣлано оговорки въ томъ смыслѣ, что пріемный отецъ, признавая право попеченія о личности и имуществѣ усыновляемаго и связанныя съ нимъ права родительскаго пользованія, отказывается ему въ наслѣдствѣ. Основаніе слѣдующее: усыновленіе имѣетъ въ виду заботу объ усыновляемомъ, а не о пріемномъ отцѣ. Путемъ особой оговорки при заключеніи условій усыновленія можетъ быть отказано въ наслѣдственномъ правѣ и пользованіи, но не въ прочихъ родительскихъ и дѣтскихъ правахъ ¹⁾.

Новѣйшіе законы разсматриваютъ этотъ институтъ, какъ договоръ между пріемнымъ отцомъ и пріемнымъ ребенкомъ, дѣйствительный въ силу судебного утвержденія, причемъ суду могутъ принадлежать здѣсь или права добровольной юрисдикціи въ томъ смыслѣ, что онъ долженъ только разсмотрѣть положенія, сообразить условія, въ какія вступаетъ усыновляемый, и то, существуютъ ли налицо законныя предположенія усыновленія, либо также и положеніе органа административной власти, которое обязываетъ его по соображеніямъ цѣлесообразности отклонить или признать усыновленіе. По гражданскому уложенію судъ долженъ разсмотрѣть только первое; онъ дѣйствуетъ только какъ органъ добровольной подсудности. Онъ не имѣетъ права поэтому въ особенности отказать въ утвержденіи усыновленія, если найдетъ, что пріемный отецъ—человѣкъ недостойный, и усыновляемому грозитъ гибель и полное отсутствіе о немъ заботы. Это ограниченіе не можетъ быть одобрено. Въ остальномъ заключеніе договора совершается между пріемнымъ отцомъ и усыновляемымъ, который, если ему 14 лѣтъ, долженъ дать свое собственное согласіе, само собой разумѣется при согласіи законнаго представителя и опекунскаго суда. Кромѣ того согла-

¹⁾ См. рѣш. каммергерихта 8 іюля 1901. *Mugdan IV*. Стр. 107.

сіе должны дать родители усыновляемаго, если ему нѣтъ 21 года, а если пріемный отецъ женатъ, то и его жена. Согласіе родителей и жены пріемнаго отца хотя и нужно, но оно носитъ побочный характеръ.

Усыновленіе нѣсколькими лицами противорѣчитъ въ общемъ природѣ этого института. Усыновляемый долженъ получить одного отца или одну мать, которые заботятся о немъ; нѣсколько родителей—зло; оно создастъ половинчатость въ отношеніяхъ, которую слѣдуетъ избѣгать. Напротивъ того, имѣетъ за себя всѣ основанія то, что, если усыновляющій женатъ, то его жена не только должна дать свое согласіе на усыновленіе, но можетъ также усыновить его вмѣстѣ съ мужемъ. Усыновляемый получаетъ тогда *мѣсто* второго родителя, и такимъ образомъ усыновляемый получаетъ одновременно выборнаго отца и выборную мать. Слѣдовало бы впрочемъ спросить, не долженъ ли законъ прямо предписать въ случаяхъ усыновленія о привлеченіи къ усыновленію всегда обоихъ супруговъ, чего гражданское уложеніе не сдѣлало. На самомъ дѣлѣ, слѣдовало бы, если есть къ тому возможность, дать усыновляемому и отца и мать, не заставляя его безъ основанія оставаться сиротой съ одной стороны. Если онъ такимъ образомъ усыновленъ обоими сторонами, то подобное родительское усыновленіе представляетъ собою нѣчто цѣльное, и гражданское уложеніе вывело для такого случая усыновленія совершенно правильное послѣдствіе, что прекращеніе въ такомъ случаѣ юридическихъ отношеній, установленныхъ усыновленіемъ, не можетъ быть одностороннимъ, т. е. оно должно быть совершено обоими родителями (§ 1768 гражд. улож.).

Если усыновленіе должно соотвѣтствовать своему смыслу, то въ такомъ случаѣ усыновленный долженъ быть моложе усыновителя, и моложе значительно. По закону требуется около 18 лѣтъ, чѣмъ устанавливается характеръ отношеній усыновляемаго къ усыновителю, подобный отношеніямъ отца къ дѣтямъ; это то, что въ Индіи называли *putrachaya*—сыноподобіе. Тоже приняло въ качествѣ общаго правила и гражданское уложеніе; но, какъ и въ большинствѣ законовъ, допустило для особыхъ случаевъ—путемъ особаго разрѣшенія (диспенсациі)—возможность усыновленія и съ меньшими отличіями въ возрастѣ. Не слѣдовало бы также отказывать въ установленіи другого правила, по которому при всѣхъ обстоятельствахъ и въ случаѣ диспенсациі усыновляемый долженъ быть моложе родителя, постановленіе, отсутствующее въ гражданскомъ уложеніи и имѣющееся, напримѣръ, во французскомъ правѣ (*que l'adoptant*

soit plus âgé que l'adopté). Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ ожидать, что диспенсація не послѣдуетъ въ такой формѣ, что 25-лѣтняя дѣвушка усыновитъ 60-лѣтняго или даже 24-лѣтняго мужчину! (§ 1744 слѣд. гражд. улож.).

Что юридическія отношенія, установленныя усыновленіемъ могутъ быть прекращены, но не односторонне, а по обоюдному соглашенію, обосновано и вообще правильно; такъ какъ подобное искусственное родство не должно поддерживаться, когда оно становится въ тягость. И въ данномъ случаѣ для прекращенія этихъ отношеній требуется судебное (исключительно полицейскаго характера) разрѣшеніе (§§ 1768—1770).

Если судъ утвердить усыновленіе, если для такового нѣтъ законныхъ предположеній, слѣдовательно безъ договора, и безъ согласія требуемыхъ лицъ, то совершившееся утвержденіе не имѣетъ юридической силы, и усыновленія нѣтъ. Нѣкоторыя смягченія, исправленіе недостатковъ или частичныя послѣдствія недѣйствительнаго усыновленія не регулированы, что отнюдь не свидѣтельствуетъ о законодательной предусмотрительности.

2) Опекѣ.

§ 107. Наши индогерманскія права исходили раньше изъ того положенія, что вопросъ объ опека дѣло семьи, и что опекунъ находится по отношенію къ опекаемому дитяти въ такомъ же приблизительно положеніи, какъ и носитель родительской власти. Опекунъ дѣйствовалъ, какъ другой родитель, онъ былъ ребенку вторымъ отцомъ, и ребенокъ росъ на его попеченіи и въ его семьѣ, какъ его собственный. Эта точка зрѣнія была отброшена уже въ римскомъ правѣ; но все же опекунъ остался преимущественно *семейнымъ опекуномъ*. Онъ могъ быть указанъ въ завѣщаніи и становился опекуномъ въ силу завѣщанія; законный родственникъ дѣлается опекуномъ въ силу закона, безъ государственнаго утвержденія. Поэтому онъ отвѣчалъ за свои дѣйствія также, какъ и отецъ, только въ предѣлахъ заботливости о своихъ собственныхъ дѣлахъ (*diligentia quam in suis*). Идея семейнаго отношенія, т. е. та мысль, что опека представляетъ собою жертву участвующихъ въ ней лицъ на благо семьи, не вполнѣ еще исчезла и долго еще оказывала свое вліяніе. Только постепенно выработался въ римскомъ правѣ опекунъ, выступающій въ положеніи *должностнаго лица*, т. е., такой

который дѣйствуетъ въ силу обязанности службы. Раньше развилась мысль о должностномъ опекунѣ въ германскомъ правѣ изъ того положенія, что король имѣетъ попеченіе о вдовахъ и сиротахъ; изъ этой мысли развилась современная опека; она по существу своему германскій, а не римскій правовой институтъ.

Въ современномъ германскомъ правѣ опекунъ является всегда должностнымъ опекуномъ. Онъ, согласно закону, за нѣкоторыми исключеніями, утверждается органомъ опекунской власти, и только въ силу этого утвержденія пріобрѣтаетъ обязанности и права опекуна. Этому вполне соответствуетъ то, что онъ не только не имѣетъ права пользованія имуществомъ опекаемого, но и въ управленіи и извлеченіи доходовъ съ него дѣйствуетъ какъ посторонній повѣренный (§ 1833 гражд. улож.).

Эта мысль довела нѣкоторые права, напримѣръ прусское земское право—до того, что опекунъ былъ сдѣланъ помощникомъ судьи, который явился истиннымъ управителемъ, а опекунъ лишился почти всякой инициативы. Но это уничтожено. Прусскимъ опекунскимъ уставомъ отъ 5 іюля 1875 г. при признаніи опекуна должностнымъ опекуномъ, ему была возвращена свобода управленія, а надзоръ суда былъ заключенъ въ прѣжнія рамки.

На ряду съ этимъ въ новѣйшихъ правахъ возникли отдѣльныя мысли о семейномъ опекунствѣ; такъ прусскій опекунскій уставъ, а теперь и германское гражданское уложеніе, знаютъ рядомъ съ опекунскимъ судомъ также и семейный совѣтъ.

Германское гражданское уложеніе организовало опеку на сохраненныхъ имъ началахъ прусскаго права.

Опекуны являются по гражданскому уложенію всегда должностными опекунами (по мѣстнымъ законамъ допускается нѣчто иное, и, дѣйствительно, напр. въ Пруссіи ¹⁾ въ качествѣ опекуновъ допускаются представители нѣкоторыхъ учреждений), но съ тѣмъ, что необходимо обращать вниманіе на опекуновъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, съ одной стороны, и законныхъ родственниковъ — съ другой, пока не имѣется противъ того опредѣленныхъ основаній (§ 1776 гражд. улож.) ²⁾. Вопросъ о лицахъ, могущихъ быть опекунами, урегулированъ такъ, чтобы было по возможности меньше основаній къ устраненію опекуновъ; недѣйствительное опекунство имѣетъ тяжелыя послѣдствія, выражающіяся въ томъ, что опе-

¹⁾ См. законъ о вступл. въ силу гражд. улож., § 78.

²⁾ Относительно этихъ основаній см. рѣш. Карлср. оберландсгер. 23 мая 1902 г. Recht, VI стр. 324, 483.

кунъ лишается власти представителя, а заключенныя имъ отъ имени несовершеннолѣтняго сдѣлки, теряютъ свою силу. Поэтому гражданское уложеніе установило, что недѣеспособны только лица, недѣеспособныя или лишенная дѣеспособности; наоборотъ, лица, объявленныя лишенными гражданской чести, малолѣтніе или надъ которыми учрежденъ конкурсъ, могутъ быть опекунами (§ 1780 гражд. улож.). Въ силу этого вполне мыслимъ случай, въ которомъ восьмилѣтній сынъ можетъ оказаться опекуномъ своего лишеннаго родительской власти отца; конечно, ничего подобнаго случиться не можетъ, и опекунскій судъ долженъ этого избѣгать. Но общая норма принята на тотъ случай, если лицо не вполне достигло требуемаго возраста—напримѣръ, если не достигшій вполне 21 лѣтняго возраста сдѣлавъ опекуномъ; тогда недѣйствительность всѣхъ заключенныхъ имъ сдѣлокъ не наступаетъ. Женщины—и это большой шагъ впередъ въ гражданскомъ уложеніи—тоже могутъ быть опекунами, и не только матери и бабушки. Тутъ имѣются двѣ особенности: женщина имѣетъ возможность всегда отклонить опекунство, чего не можетъ мужчина, а жена можетъ быть сдѣлана опекуншей только съ согласія мужа (§§ 1783, 1786 гражд. улож.).

Опекунъ имѣетъ право и обязанность попеченія о личности и имуществѣ опекаемаго, онъ имѣетъ также власть представителя. Въ этомъ попеченіи и способѣ проведенія представительства, онъ поставленъ во многихъ направленіяхъ подъ контроль опекунскаго суда, и часто подъ контроль опекуна-блюстителя, который долженъ быть назначенъ, если только съ опекой сопряжено управленіе имуществомъ (§ 1792 гражд. улож.). Опекунъ-блюститель или опекунскій судъ должны быть привлечены къ дѣлу въ особенности при помѣщеніи денегъ несовершеннолѣтнихъ. Нѣкоторые юридическія дѣйствія могутъ быть совершаемы только съ разрѣшенія одни опекуна-блюстителя, другія—опекунскаго суда. Безъ этого разрѣшенія такого рода дѣйствія недѣйствительны. При заключеніи договоровъ другая сторона можетъ предоставить опекуну двухлѣтній срокъ для разрѣшенія на состоявшіяся сдѣлки; если въ этотъ срокъ утвержденіе не послѣдовало, то сдѣлка не имѣетъ силы и договоръ считается недѣйствительнымъ¹⁾. Если же противная сторона была введена въ обманъ опекуномъ, который сообщилъ неправильныя свѣдѣнія о разрѣшеніи, тогда она можетъ

¹⁾ Разрѣшеніе дается по § 1828 гражд. улож. путемъ извѣщенія опекуна. Опекунъ можетъ указать представителя, которому должно быть послано извѣ-

немедленно отрѣчься отъ сдѣлки (§ 1829). Указанный контроль не освобождаетъ опекуна отъ личной отвѣтственности ¹⁾).

Прусской организаціи опеки соотвѣтствуетъ также институтъ льготной опеки въ силу завѣщанія родителей, которымъ контроль надъ опекуномъ значительно облегчается (§ 1852 слѣд. гражд. улож.).

Старая германская семейная опекунская организація возражается вновь въ *семейномъ совѣтѣ*. По общему правилу, функціи высшей опеки по закону отправляются опекунскимъ судомъ, но въ силу завѣщанія родителей или же по постановленію опекунскаго суда, къ отправленію ихъ можетъ быть привлеченъ семейный совѣтъ, состоящій изъ судьи опекунскаго суда и отъ двухъ до шести членовъ, указанныхъ въ завѣщаніи или же выбранныхъ судьей опекунскаго суда (§ 1858 гражд. улож.). Въ большинствѣ случаевъ это должны быть или родственники или свойственники. Этотъ семейный совѣтъ рѣшаетъ дѣла вмѣсто опекунскаго суда; однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, судья можетъ все таки давать необходимыя указанія.

На ряду съ опекой надъ несовершеннолѣтними и лишенными дѣеспособности законъ знаетъ еще попечительство, которое болѣе или менѣе соотвѣтствуетъ древнему понятію *cura*.

Попечитель является или помощникомъ лица, находящагося подъ властью родителей или опекой, или попечителемъ лица, которое вслѣдствіе тѣлеснаго недуга призоветъ такого попечителя, или лица отсутствующаго, либо охранителемъ будущихъ правъ зачатаго ребенка. Его слѣдуетъ разсматривать какъ юридическое лицо, защищающее интересы будущаго ребенка, повѣреннымъ котораго этотъ попечитель является. Такимъ же образомъ слѣдуютъ разсматривать тотъ случай, когда назначенъ попечитель къ неопредѣленной личности, интересы которой надо охранить, какъ напримѣръ, если въ случаѣ сбора пожертвованій комитетъ, учрежденный для этого сбора, по какимъ либо обстоятельствамъ отпадетъ, и для юридическаго лица (ради основанія котораго собираются пожертвованія) долженъ быть созданъ новый органъ представительства (§§ 1909 сл., 1914 гражд. улож.).

ченіе; напротивъ того, опредѣленіе, что разрѣшеніе имѣетъ силу безъ извѣщенія, недѣйствительно. Рѣш. у Scherer'a, das dritte Jahrg стр. 394. При заключеніи односторонней юридической сдѣлки разрѣшеніе должно быть дано въ моментъ изъявленія воли на сдѣлку, см. относящіяся сюда рѣшенія каммергерихта 21 мая 1902 г., 23 іюля 1902 г. Mugdan V, стр. 404.

¹⁾ Баварскій высшій ландсгер. 9 октября 1902 г. Recht, VI, стр. 558.

Е. НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

1. Основные мысли (положеніе наслѣдника).

§ 108. Наслѣдственное право германскаго гражданскаго уложенія получило въ существенныхъ чертахъ, подъ вліяніемъ германскаго права, новую форму и благодаря этому доставило германско-правовымъ идеямъ крупную побѣду.

Въ основу всего наслѣдственнаго права заложена, германско-правовая мысль—мысль, что наслѣдственное право есть наслѣдованіе имущества, а не личности. Не личность завѣщателя переходитъ на наслѣдника со всѣми ея свойствами и принадлежностями, а имущество, какъ цѣлое. Такимъ образомъ развивается положеніе, что имущество есть сумма активовъ и пассивовъ, и что это единое и цѣльное имущество переходитъ къ наслѣднику.

Отсюда совершенно иной исходный пунктъ всего построенія, чѣмъ тотъ, изъ котораго выходитъ римское право. Римское право устанавливаетъ полноту отвѣтственности наслѣдника, первоначально безусловную, а потомъ, со времени византійскаго созданія *beneficium inventarii*, въ качествѣ общаго правила. По германскому праву вся отвѣтственность падаетъ на имущество и только на имущество.

Въ то время, какъ другія законодательства болѣе или менѣе присоединились къ римскому праву, гражданское уложеніе Германской имперіи, подобно саксонскому уложенію (§ 2328), выбрало германскую систему и дало отвѣтственности наслѣдства реальное основаніе.

Въ этомъ отношеніи имѣетъ силу слѣдующее. Въ римскомъ правѣ и при *beneficium inventarii* отвѣтственность наслѣдника была личная. Онъ отвѣчалъ лично, хотя только до размѣровъ актива наслѣдства. Въ германскомъ же правѣ отвѣтственность вещная: наслѣдникъ отвѣчаетъ *не въ предѣлахъ* наслѣдства, а онъ отвѣчаетъ

наслѣдствомъ. Судьба наслѣдства касается лишь кредиторовъ, а не наслѣдника. Если наслѣдство погибаетъ, то наслѣдникъ свободенъ отъ обязательствъ.

А это, въ свою очередь, должно было повести къ тому положенію, что наслѣдство, какъ чужое имущество, находится въ *управленіи* наслѣдника. Уже раннія права разсматривали, поэтому, наслѣдника, какъ управляющаго наслѣдствомъ. Гражданское уложеніе пошло еще дальше. Для того, чтобы осуществить свою отвѣтственность вещнымъ образомъ, наслѣдникъ долженъ передать наслѣдство въ управленіе третьяго лица, завѣдывающаго оставшимися послѣ смерти имуществами,—публичнаго управителя или въ случаѣ необходимости учредить конкурсъ ¹⁾. Это не требуется только въ *одномъ* случаѣ, а именно, когда самъ кредиторъ не выполнилъ необходимыхъ для установленія своихъ правъ требованій. Въ послѣднемъ случаѣ германское гражданское уложеніе воспользовалось институтомъ, заимствованнымъ изъ германскаго права, такъ называемымъ *вызывнымъ производствомъ*. Кредиторовъ открывшагося наслѣдства предлагаютъ заявить свои требованія въ порядкѣ вызывнаго производства. Тѣ, которые этого не сдѣлаютъ, не могутъ заявлять притязаній на большее, чѣмъ то, что у наслѣдника окажется свободнымъ послѣ удовлетворенія другихъ кредиторовъ (§§ 1970 сл. 1973 сл.).

Все это обуславливается однимъ требованіемъ. Наслѣдникъ не долженъ лишаться права на составленіе *описи наслѣдства* (инвентаря). Онъ обязанъ по требованію кого-либо изъ наслѣдственныхъ кредиторовъ и по распоряженію суда составить опись наслѣдства въ продолженіе извѣстнаго срока (отъ 1 до 3 мѣсяцевъ), такъ какъ только такая опись даетъ основаніе къ ограниченію отвѣтственности наслѣдника (§ 1993 сл.).

§ 109. Чисто германскаго происхожденія также постановленія объ отношеніяхъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ. Эти наслѣдники раз-

¹⁾ Въ какой степени это соответствуетъ германскому праву, показываетъ англійское право, въ которомъ наслѣдство переходитъ въ управленіе *executor'a* или *administrator'a*, ликвидирующаго дѣла наслѣдства и заботящагося объ уплатѣ наслѣдственныхъ долговъ,—отношеніе, безусловно необходимое, поскольку существуетъ отвѣтственность не личная, а вещная. Впрочемъ для Германіи *beneficium inventarii* дало возможность помириться съ римскими нормами права. Но и тутъ, во многихъ случаяхъ, германское право его не реципировало въ той формѣ, въ какой оно существовало въ римскомъ правѣ, напр. *Como* (1214) а. 189 (*Mon. hist. patr.* XVI p. 76), *Novara* (1277) а. 264.

сма­три­ва­ют­ся не какъ лица, имѣю­щі­я право на отдѣль­ны­я на­слѣд­ствен­ны­я доли въ каж­домъ отдѣль­номъ на­слѣд­ствен­номъ пред­метѣ, что по­ве­ло бы, какъ и въ рим­скомъ правѣ, къ тому, что тре­бо­ва­ніе само собою дѣлилось бы между на­слѣд­ни­ка­ми. Въ гер­ман­скомъ правѣ ихъ участіе въ на­слѣд­ствѣ полу­ча­етъ такую форму, что доля каж­да­го изъ нихъ въ каж­домъ отдѣль­номъ пред­метѣ временно оста­ет­ся неизвѣст­ной. Эта доля колеблется между нулемъ и цѣлой вещь­ю, и только раздѣлъ на­слѣд­ства даетъ каж­до­му на­слѣд­ни­ку слѣдую­щую ему долю во всѣхъ отдѣль­ныхъ на­слѣд­ствен­ныхъ пред­ме­тахъ. От­сю­да, ни одному изъ сона­слѣд­ни­ковъ до раз­дѣла не при­над­ле­житъ пока ни одной доли на­слѣд­ствен­ныхъ тре­бо­ва­ній. Только раздѣлъ покажетъ, какъ вы­ра­зится ихъ соучастіе въ пра­вахъ тре­бо­ва­нія, свя­зан­ныхъ съ на­слѣд­ствомъ. При такой неопредѣленности правъ каж­да­го на отдѣль­ны­я вещи, само собою разумѣется, что управленіе на­слѣд­ствомъ должно при­над­ле­жать всѣмъ на­слѣд­ни­камъ совмѣстно, а не одному изъ нихъ ¹⁾. На­обо­ротъ, каж­дый на­слѣд­никъ можетъ рас­по­ря­жаться своей долей, какъ частью цѣлаго. Это значить, что при­обрѣтатель полу­чить извѣстную долю въ отдѣль­ныхъ на­слѣд­ствен­ныхъ пред­ме­тахъ тогда и только тогда, когда на­слѣд­никъ самъ полу­чить, значить послѣ раздѣла, до раздѣла же доля его соучастія въ отдѣль­ныхъ на­слѣд­ствен­ныхъ пред­ме­тахъ пока неизвѣстна ²⁾.

Та­кимъ обра­зомъ *от­вѣт­ствен­ность на­слѣд­ни­ковъ за долги* есть *со­во­куп­ная от­вѣт­ствен­ность*, ко­торая испы­тываетъ нѣ­ко­торое огра­ни­че­ніе лишь только до мо­мен­та раздѣла на­слѣд­ства. Послѣ же раздѣла от­вѣт­ствен­ность снова ста­но­вится со­во­куп­ной по­сто­лю­ку, по­сколь­ку кре­ди­то­ры не полу­чаютъ полнаго удо­в­ле­тво­ре­нія. Но и тутъ на­слѣд­ни­ки полу­чаютъ нѣ­ко­торыя льго­ты. Въ осо­бен­но­сти они не толь­ко поль­зуются пра­вомъ пуб­лич­на­го вы­зо­ва кре­ди­то­ровъ въ по­ряд­кѣ вы­зыв­на­го про­из­вод­ства, но имѣютъ право вы­зы­вать ихъ отъ сво­его имени въ про­дол­же­ніе шести мѣ­ся­цевъ, чтобы тре­бо­ва­нія кре­ди­то­ровъ могли быть удо­в­ле­тво­ре­ны во время раздѣла. Если кре­ди­то­ры на вы­зовъ не яв­ля­ются, то, въ на­ка­за­ніе та­кимъ кре­ди­то­рамъ, от­вѣт­ствен­ность на­слѣд­ни­ковъ ста­но­вится толь­ко ча­сти­чной, такъ

¹⁾ Та­кимъ обра­зомъ при­шли во фран­цуз­скомъ правѣ къ по­ло­же­нію къ об­рат­ной (дек­ла­ра­тор­ной) силѣ раздѣла, art. 883 Code civil; оно от­но­сится ко вре­мени Мо­ли­нея.

²⁾ И по­то­му воз­мо­женъ за­логъ и арестъ на­слѣд­ствен­ной доли, § 859 уст. гражд. судопр. Ср. также Страсбург. ландсгер. 23 іюля 1901 г. Zeitsch. für d. civil. Praxis, XXXI, 113).

какъ послѣдніе могутъ справедливо заявить, что при своевременной явкѣ притязаніе было бы удовлетворено во время раздѣла (§ 2058 слѣд. гражд. улож.). Предположеніемъ для этого является то, что требованіе было наслѣдникамъ неизвѣстно, такъ какъ знаніе о существованіи требованія во время раздѣла равносильно личной явкѣ кредитора.

§ 110. Римское право, за исключеніемъ случаевъ наслѣдованія со стороны своихъ, домашнихъ наслѣдниковъ, исходило изъ того положенія, что наслѣдникъ можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ только *по своей воли*, такъ какъ никому нельзя навязывать неизбѣжнаго принятія на себя чужой личности со всѣми ея обязательствами. Эта мысль чужда германскому праву. Наслѣдникъ принимаетъ наслѣдство самъ собою; оно, свое домашнее наслѣдство, и вмѣстѣ съ домомъ и его хозяйствомъ переходитъ само по себѣ на наслѣдника. Мысль о томъ, что наслѣдникъ долженъ принять домъ, совершенно чужда духу германского права. Однако, мало-по-малу, наслѣднику было разрѣшено отклоненіе наслѣдства и отреченіе отъ него, но они должны были послѣдовать въ короткій срокъ, такъ какъ это было отступленіемъ отъ общаго правила. Приблизительно такимъ же образомъ поставлено дѣло въ германскомъ гражданскомъ уложеніи. Наслѣдникъ дѣлается наслѣдникомъ самъ собою, безъ вступленія во владѣніе наслѣдствомъ. Право, однако, согласно старымъ традиціямъ, даетъ наслѣднику возможность отреченія отъ наслѣдства, которое, конечно, въ новомъ германскомъ правѣ совершается особымъ образомъ и связано съ извѣстными формами и сроками. А именно, отреченіе можетъ послѣдовать только до истеченія шести недѣль съ момента, когда наслѣдникъ узналъ о наслѣдствѣ. И только въ двухъ случаяхъ назначается шестимѣсячный срокъ: 1) если наслѣдникъ при началѣ срока находится за-границею и 2) если наслѣдодатель свое послѣднее мѣстожительство имѣлъ за-границею. Отреченіе должно быть совершено въ установленной формѣ; оно совершается подачею заявленія въ судъ, заведывающій охраной наслѣдствъ, при чемъ заявленіе должно быть засвидѣтельствовано публичнымъ порядкомъ (§ 1944) ¹⁾.

¹⁾ Допускается отреченіе до момента, когда наслѣдникъ узналъ о наслѣдствѣ, но не разрѣшается отреченіе до открытія наслѣдства. Исключеніе составляетъ подназначенный наслѣдникъ (субститутъ), который, естественно, можетъ отречься передъ открытіемъ наслѣдства не для его предшественника, а для

Отреченію противополагается принятіе наслѣдства. Оно имѣетъ то значеніе, что отреченіе послѣ него становится уже невозможнымъ, хотя бы еще не истекли установленные сроки.

Отъ отреченія отъ наслѣдства слѣдуетъ отличать отказъ отъ наслѣдованія. Отказъ отъ наслѣдства совершается путемъ договора между наслѣдодателемъ и отказавшимся, и, слѣдовательно, происходитъ до открытія наслѣдства. Благодаря отказу будущій законный наслѣдникъ, наслѣдникъ по завѣщанію либо по договору, устраняются отъ наслѣдованія, и при открытіи наслѣдства у нихъ не возникаетъ уже права на наслѣдство. Последнее можетъ имѣть мѣсто и по отношенію къ наслѣднику по завѣщанію, если наслѣдодатель пересталъ быть дѣеспособнымъ и не можетъ измѣнить своего завѣщанія (§ 2347 гражд. улож.), а также къ третьему лицу, которое назначено наслѣдникомъ въ договорѣ о наслѣдованіи, если, на примѣръ, соучастникъ договора, который отнобу не долженъ быть назначенъ, не желаетъ освободить наслѣдодателя отъ договора о наслѣдованіи (§ 2352 гражд. улож.).

§ 111. Гражданское уложеніе вполне соотвѣтствуетъ также общему характеру германскаго права и въ томъ отношеніи, что оно, кромѣ назначенія прямыхъ наслѣдниковъ, признаетъ и назначеніе поднаслѣдниковъ. Такъ какъ наслѣдственное право касается только имущества, а не личности наслѣдодателя, то нѣтъ никакихъ препятствій къ тому, чтобы сдѣлать право на имущество временнымъ и состоящимъ подъ отмѣнительнымъ условіемъ. Точно также вовсе нѣтъ основаній выбирать въ данномъ случаѣ окольные пути римскаго права, чтобы наслѣдникомъ былъ только прямой наслѣдникъ, и чтобы подназначенный наслѣдникъ ограничился ролью универсальнаго фидеикоммисарія. Не нуждается германское право и въ томъ средствѣ, къ которому прибѣгало римское право по отношенію къ прямому наслѣднику, а именно, къ запрету отчужденія, такъ какъ относительная недѣйствительность отчужденія вытекаетъ уже изъ отмѣнительнаго условія ²⁾. Такимъ обра-

него самого. Впрочемъ, послѣднее обстоятельство не имѣетъ для подназначеннаго наслѣдника важнаго значенія. Онъ можетъ отречься и въ истеченіе шестинѣдѣльнаго срока съ момента, когда онъ узналъ объ открытіи наслѣдства (§ 2142 гражд. улож., а это важно въ виду § 2306 гражд. улож. Ср. рѣш. камергерихта 9 мая 1902 г. Mugdan, V, 234. Неправильно рѣш. Гаумбург. оберландсгер. 24 мая 1902 г., тамъ же V, 359).

²⁾ Впрочемъ, отмѣнительное условіе существенно ограничено, такъ какъ подназначенный наслѣдникъ имѣетъ широкое распоряженіе. Однако онъ не имѣетъ

зомъ, германское гражданское уложеніе допускаетъ нѣсколько послѣдовательныхъ рядовъ наслѣдниковъ, родъ феодализаціи имущества, нѣчто родственное институтамъ леннаго права или семейнымъ фидеикоммисамъ германскаго права. Все это вдохновляется постояннымъ стремленіемъ нѣмецкаго права—создать такую форму пользованія имуществомъ, которая переживала бы нѣсколько поколѣній и была бы независимой отъ превратностей судьбы, испытываемой отдѣльными членами семьи. Въ этомъ выражается серьезное стремленіе германскаго права спасти имущество отъ дурныхъ послѣдствій измѣльчанія и сдѣлать послѣдующихъ представителей семьи независимыми отъ ошибокъ предыдущихъ поколѣній.

Здѣсь обнаруживается большая разница между германскимъ уложеніемъ и французскимъ кодексомъ. Послѣдній выросъ, какъ противовѣсъ порокамъ и злоупотребленіямъ устарѣлой соціальной жизни, и думалъ, что избавиться отъ нихъ нельзя ничѣмъ инымъ, кромѣ безусловной индивидуализаціи и крайняго ограниченія подназначенія наслѣдниковъ (896 и 1048). Но въ Германіи убѣдились, что этотъ путь не ведетъ къ спасенію, и что ихъ можетъ привести къ извѣстнымъ результатамъ только связь между индивидуальной и соціальной жизнью.

Впрочемъ, гражданское уложеніе послѣдовало старинному положенію, что связанность имущества не можетъ быть безконечной, и устанавливаетъ, что по истеченіи 30 лѣтъ наслѣдство должно быть свободнымъ. Конечно, этотъ срокъ можетъ быть при извѣстныхъ обстоятельствахъ продленъ, но такъ, чтобы благодаря этому не возникало связанности наслѣдника, не соответствующей обстоятельствамъ, и чтобы постоянно, въ легко обозримомъ будущемъ, былъ возможенъ возвратъ къ свободѣ имущества. А именно, было постановлено, что тридцатилѣтній срокъ можетъ быть продленъ, когда наслѣдникъ подназначенъ на случай наступленія опредѣленнаго событія въ лицѣ прямого наслѣдника или подназначеннаго, и если эти лица находятся въ живыхъ при открытіи наслѣдства. Такъ въ особенности, когда назначеніе поднаслѣдника должно послѣдо-

права распоряжаться поземельными участками (почему наслѣдство заносится въ вотчинную книгу) и дареніями, § 2113 гражд. улож.; § 52 устава вотч. Къ этому присоединяется и принципъ вознагражденія, который заключается въ томъ, что приобрѣтенное на средства наслѣдства становится наслѣдствомъ, § 2111 гражд. улож. Впрочемъ, право распоряженія подназначеннаго наслѣдника можетъ быть расширено наслѣдодателемъ, § 2136.

вать на случай смерти наследника, находящегося еще въ живыхъ во время открытія наследства. Послѣдній можетъ, конечно, жить еще 50 или 60 лѣтъ, но всетаки это имѣетъ близкія границы. Если бы здѣсь оставить тридцатилѣтній срокъ, то могли бы наступить случаи, когда подназначенному наследнику не удалось бы получить наследство, даже если бы онъ жилъ при жизни наследодателя. Это разрушило бы его справедливыя ожиданія и дало бы основаніе желать ранней смерти наследника. Другой случай продленія срока допускается тогда, когда братъ или сестра подназначены наследниками къ прямому наследнику или къ подназначенному на случай, что у послѣднихъ родится братъ или сестра. Подназначеніе и тутъ сохраняетъ свою силу и по истеченіи тридцатилѣтняго срока. Но во всякомъ случаѣ и тутъ предвидится близкій предѣлъ (§ 2109 гражд. улож.).

§ 112. Въ качествѣ удостовѣренія въ законности правъ предполагаемаго наследника по отношенію къ третьимъ лицамъ римское право создало *bonorum possessio sine re*.

Преторъ давалъ *bonorum possessor*у преторское право собственности на вещи; *actiones* онъ давалъ наследнику *utiliter*, т. е. съ нѣкоторыми измѣненіями формуль. Но зато *bonorum possessor utiliter* былъ отвѣтственнымъ за наследственные долги и къ нему могло быть предъявлено притязаніе на ихъ уплату путемъ *actio utilis*.

Въ среднія вѣка затѣмъ встрѣчаются попытки установленія германскаго способа удостовѣренія личности наследника. Остаткомъ ихъ является прусское удостовѣреніе по закону 12 марта 1869 г. и свидѣтельство о наследственныхъ правахъ гражданскаго уложенія Германской имперіи. Это свидѣтельство выдается судомъ, вѣдающимъ наследство, въ порядкѣ добровольной подсудности, послѣ надлежащаго разслѣдованія и на основаніи заявленія просителя, имѣющаго такую же силу, какъ если бы оно было сдѣлано подъ присягою; оно имѣетъ не только то послѣдствіе, что лицо, получившее удостовѣреніе, предполагается наследникомъ, но и то, что если кто либо въ доброй вѣрѣ заключаетъ договоръ съ лицомъ, имѣющимъ удостовѣреніе о правѣ наследства, какъ съ наследникомъ, или удовлетворяетъ такое лицо, то наступаютъ такіе же юридическія послѣдствія, какъ если бы все это было совершено по отношенію къ дѣйствительному наследнику (§§ 2365 сл. гражд. улож.).

Если окажется, что удостовѣреніе неправильно, то оно должно быть отобрано судомъ, вѣдающимъ наследство, или же судъ дол-

женъ постановить опредѣленіе о признаніи удостовѣренія уничтоженнымъ (§ 2361 гражд. улож.) ¹⁾.

2. Порядокъ наслѣдованія по закону.

§ 113. Наслѣдованіе по закону въ гражданскомъ уложеніи построено цѣликомъ на германско-правовыхъ началахъ. Оно основано на началѣ не только германскомъ, но и индогерманскомъ, можно сказать и общенародномъ, такъ какъ его можно прослѣдить у различныхъ народовъ, — началѣ наслѣдованія по линіямъ. Рѣшающимъ является въ данномъ случаѣ расчлененіе семьи, какъ оно проявляется въ рядѣ послѣдующихъ одно за другимъ рожденій. Первую очередь наслѣдниковъ составляетъ наслѣдодатель со своими нисходящими потомками, вторую родители наслѣдодателя со своими нисходящими потомками, третью — дѣдъ и бабушка со своими нисходящими потомками и т. д. Такимъ же образомъ происходитъ дальнѣйшее расчлененіе семьи. Отсюда вытекаетъ, въ 1-хъ, та мысль, что нисходящіе потомки одного колѣна, образуя нѣчто единое, считаются единымъ цѣлымъ и соотвѣтственно съ этимъ разсматриваются въ правѣ. Если одинъ изъ потомковъ отпадаетъ, то въ его права вступаютъ его же нисходящіе потомки: внуки, которыхъ отецъ умеръ, наслѣдуютъ вмѣсто своего покойнаго отца; а внуки, дѣти нѣсколькихъ умершихъ отцовъ, наслѣдуютъ поколѣнно, какъ поколѣнно наслѣдуютъ ихъ отцы. Во 2-хъ, такъ какъ человекъ составляетъ единство не только со всѣми нисходящими потомками, но и съ восходящими (отецъ со своими предками составляетъ одну линію, а мать со своими предками другую; дѣдъ и бабушка со стороны отца составляютъ единство, то же самое дѣдъ и бабушка со стороны матери), то въ виду этого, если наслѣдовать должны дѣдъ и бабушка со стороны отца и дѣдъ и бабушка со стороны матери, то одна половина наслѣдства должна достаться родителямъ отца, другая же родителямъ матери. Если со стороны отца живъ одинъ только дѣдъ, со стороны же матери дѣдъ и бабушка, то наслѣдство все таки дѣлится пополамъ. Если умершіе дѣдъ и бабушка оставили нисходящихъ потомковъ, то таковые наслѣдуютъ по схемѣ, обозначенной цифрою 1.

¹⁾ Неправильность, въ особенности имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, если въ удостовѣреніи не указано подназначеніе наслѣдника. См. Мюнхенскій высшій ландсгерихтъ 22 ноября 1901 г. Mugdan IV, 132.

Этотъ принципъ порядка наслѣдованія, идущій далеко въ глубь родства, соотвѣтственно расчлененію семьи, прекращается съ четвертой степени родства. Начиная съ четвертой степени родства вступаетъ въ силу близость родства внутри поколѣнія наслѣдниковъ и поголовный раздѣлъ наслѣдства, такъ какъ дальнѣйшее проведеніе вышеуказанныхъ идей было бы сопряжено съ большими неудобствами, какъ это показываетъ опытъ австрійскаго права (§§ 1924 сл. и 1928 сл. гражд. улож.).

Характернымъ для порядка наслѣдованія и семейныхъ отношеній по гражданскому уложенію является положеніе занимаемое среди родственниковъ супругомъ умершаго наслѣдодателя. Римское право давало супругамъ весьма незначительныя права. Старое германское право давало мужу право наслѣдовать въ движимомъ имуществѣ жены, а женѣ—пожизненное право пользованія имуществомъ въ его цѣломъ или части. Гражданское уложеніе предоставляетъ не только женѣ, но и всякому пережившему супругу право собственности на извѣстную часть имущества: либо на четверть, либо на половину или же на все имущество. Пережившій супругъ наслѣдодателя призывается къ наслѣдованію по закону рядомъ съ родственниками перваго поколѣнія—къ одной четвертой части наслѣдства, а рядомъ съ родственниками втораго поколѣнія или рядомъ съ дѣдомъ и бабкой—къ половинѣ наслѣдства. Когда же пережившій супругъ призывается къ наслѣдованію рядомъ съ дальними родственниками или рядомъ съ родственниками боковыхъ линій третьей очереди, то ему достается цѣлое наслѣдство. Если пережившій супругъ не получаетъ цѣлага наслѣдства, то онъ, помимо наслѣдственной доли, получаетъ еще такъ называемую предварительную часть имущества (такъ называемая *Voraus*). Не слѣдуетъ лишать супруга предметовъ, которые, въ силу долготѣйшей совмѣстной жизни съ супругой, могутъ для него быть дорогими и священными, а именно предметовъ домашняго обзаведенія супруговъ, а также свадебныхъ подарковъ. Къ предварительной части примѣняются правила, постановленныя относительно завѣщательныхъ отказовъ, поскольку пережившій супругъ не наслѣдуетъ рядомъ съ нисходящими потомками (§§ 1931, 1932 гражд. улож.).

§ 114. Вполнѣ въ духѣ германскаго права проведена мысль объ *уравненіи* наслѣдственныхъ долей въ томъ случаѣ, когда одному изъ нисходящихъ потомковъ предоставленъ былъ выдѣлъ. Выдѣлъ былъ когда то надѣленіемъ имуществомъ, связаннымъ съ отдѣле-

ніемъ отъ родительскаго „Werge“, отъ принадлежности къ родительскому дому. Выдѣленное такимъ образомъ лицо не имѣлъ больше права па родительское благосостояніе и его приобрѣтенія. Выдѣленный слѣдовалъ своей судьбѣ, онъ вынужденъ былъ отдѣльно искать своего счастья и приобрѣтать себѣ имущество личною дѣятельностью. И только впоследствии назрѣла мысль, что лицо, получившее выдѣлъ, можетъ обратно приобрѣсти права на домашнее имущество родителей. Но въ такомъ случаѣ лицу, получившему выдѣлъ, надо при наслѣдованіи учесть его съ цѣлью уравниванія наслѣдственныхъ долей. Мысль была такова; лицо, получившее выдѣлъ, приобрѣло изъ родительскаго дома впередъ то, что впоследствии досталось бы ему все равно въ видѣ наслѣдственной доли.

Въ остальномъ уравниваніе наслѣдственныхъ долей получило въ разныхъ правахъ разнообразныя формы. Нѣкоторыя права доходили до того, что принуждали получившее выдѣлъ лицо вступать въ наслѣдство послѣ его открытія съ обязательствомъ вычета полученнаго выдѣла. Это дѣлалось съ тою цѣлью, чтобы одному изъ дѣтей не доставалось больше, чѣмъ другому, на случай использования отцомъ права совершенія выдѣла для обогащенія одного изъ дѣтей преимущественно передъ другими. Другія права разрѣшали наслѣднику оставаться внѣ „Werge“ и послѣ смерти наслѣдодателя, а, слѣдовательно, отказаться отъ наслѣдства и сохранить у себя выдѣлъ даже въ томъ случаѣ, когда послѣдній цѣнностью превосходитъ наслѣдственную долю. Существуютъ и такія права, которыя остаются при старомъ мнѣніи, что получившее выдѣлъ лицо должно ограничиться лишь выдѣломъ и не имѣть права требовать наслѣдственную долю ¹⁾.

Изъ всѣхъ этихъ формъ уравниванія наслѣдственныхъ долей самой устойчивой оказалась та, которая предоставляетъ дѣтямъ выборъ ограничиться выдѣломъ, или же предъявить послѣ смерти наслѣдодателя притязаніе на родительское имущество подѣ усло-

¹⁾ Это весьма ясно обнаруживается во французскихъ coutumes'ахъ: были coutumes d'égalité parfaite, d'égalité imparfaite, а также coutumes de préciput (гдѣ возможно было соединеніе наслѣдственной доли съ выдѣломъ) и coutumes de forclosure. Ср. объ этомъ сочиненіе Kohler'a Über das Kollationsrecht in der französischen Coutumes (въ Fastgabe für Gneist). То же и въ правахъ итальянскихъ городовъ. Въ Chianciano (1287) дочь, получившая приданое, исключается отъ наслѣдованія; то же самое въ Туринѣ (1360) Mon. hist. patr. I p. 665), въ Римѣ (1363) I 95, 98 и др. Въ Англіи уравниваніе наслѣдственныхъ долей называется hotchpot.

віемъ взноса выдѣла съ цѣлю уравниенія наслѣдственныхъ долей. Эта форма принята законодательными кодексами новаго времени. И если одинъ членъ семьи получить больше чѣмъ другой, то это обстоятельство насъ теперь не такъ смущаетъ, какъ въ былое время. Прежде, когда имущество въ большинствѣ случаевъ было унаслѣдованнымъ, считали несправедливымъ, чтобы это унаслѣдованное имущество распредѣлялось между отдѣльными дѣтьми не такъ, какъ это предписано закономъ. Въ настоящее же время, когда, въ подавляющемъ числѣ случаевъ, имущество является благопріобрѣтеннымъ, мы вполне удовлетворяемся индивидуализированнымъ рѣшеніемъ наслѣдодателя относительно раздѣла наслѣдства, поскольку неравномѣрность раздѣла не превосходитъ извѣстныхъ границъ.

Въ Римѣ уравниенію наслѣдственныхъ долей соотвѣтствовалъ институтъ *collatio*. Онъ пріобрѣлъ родственный съ современнымъ правомъ характеръ лишь къ концу императорскаго періода. На первыхъ порахъ этотъ институтъ исходилъ не изъ того, что разъ ребенокъ пріобрѣлъ долю домашняго имущества, то онъ долженъ ее включить въ составъ наслѣдства, а изъ того, что нельзя предпочесть эманципированнаго ребенка неэманципированному. Неэманципированный, по римскому праву, не могъ совершать для себя лично никакихъ пріобрѣтеній. Все, что онъ пріобрѣталъ, входило въ составъ *familia*, т. е. имущества, принадлежащаго отцу семейства. А то, что пріобрѣталъ эманципированный, онъ пріобрѣталъ исключительно для себя. А потому, преторъ установилъ, что если въ наслѣдство вступаетъ эманципированный, то онъ долженъ включить въ составъ наслѣдства все свое имущество, благодаря чему онъ становится какъ бы неэманципированнымъ. Онъ долженъ былъ внести все свое имущество, независимо отъ того, получилъ ли онъ что-нибудь отъ отца семейства, или нѣтъ. Это и составляетъ *collatio bonorum* эманципированнаго. *Collatio* распространяется и на приданое дочери, которое также присоединяется, независимо отъ того, кто его далъ. И только потомъ, когда неэманципированный сталъ пріобрѣтать собственное имущество и когда право на приданое и на брачное дареніе пріобрѣло огромное значеніе, стали разсматривать *collatio* съ той точки зрѣнія, что то, что составляло домашнее имущество, опять должно войти въ составъ такового. Послѣдняя точка зрѣнія римскаго права сближается съ германскимъ воззрѣніемъ. Но, во всякомъ случаѣ, творческая сила римскаго права тутъ пошатнулась. Послѣдняя

точка зрѣнія на коллацію была продуктомъ византійскаго права эпохи императора Льва. Но, все-таки, римскія установленія представляютъ столько точекъ опоры, что подъ защитой римскихъ идей могъ возникнуть и окрѣпнуть въ жизни германскій правовой институтъ. Историческая школа это едва ли понимала. Она не могла догадаться, что тутъ дѣло въ германскомъ правовомъ институтѣ, и что римской является только форма.

Взносъ для уравниенія подлежитъ только выдѣлъ наслѣдственныхъ долей (§ 2050 гражд. улож.), но не всякое дареніе. Мысль остается всегда та, что только то имущество подлежитъ взносу для уравниенія наслѣдственныхъ долей, которое можетъ быть разсматриваемо, какъ болѣе или менѣе преждевременное наслѣдство. Не каждое дареніе имѣетъ назначеніе замѣнять наслѣдство. Дѣлаетъ это только выдѣлъ, который поѣтому по смыслу гражданскаго уложенія и не можетъ считаться дареніемъ. Выдѣлъ это все то, что дается при вступленіи въ бракъ или при достиженіи самостоятельнаго положенія въ жизни, или все то, что, сверхъ того, приобрѣтается уже послѣ достиженія самостоятельнаго положенія и притомъ дается или приобрѣтается съ тою цѣлью, чтобы лицо, получившее дареніе, могло прочно обосновать, возвысить или поддержать свое положеніе въ обществѣ и связанное съ нимъ домашнее хозяйство (§ 1624 гражд. улож.). Мысль та, что дѣти, если они желаютъ сдѣлаться самостоятельными, не должны ожидать смерти главы дома; они еще при жизни родителей должны приобрѣсти самостоятельное положеніе, а для этого необходимо, чтобы дѣтямъ предназначены были выдачи изъ домашняго имущества въ качествѣ предварительной части. Это отличаетъ нашъ „старый“ свѣтъ отъ „новаго“. Выдѣлъ составляетъ у насъ обычное явленіе, потому что у насъ продуктивная жизнь не играетъ такой роли, какъ въ Америкѣ, да и не можетъ ее играть. Въ Америкѣ предоставляютъ молодому поколѣнію самому искать свою дорогу. Эта система мощно возбуждаетъ рабочія силы, хотя въ этомъ и заключается односторонность новаго свѣта, который направляетъ всѣ жизненныя силы въ сторону приобрѣтенія состоянія.

Другія даренія включаются въ составъ наслѣдства тогда, когда наслѣдодатель категорически постановилъ, чтобы они подлежали взносу для уравниенія наслѣдственныхъ долей. При такомъ постановленіи наслѣдодателя дареніе приобрѣтаетъ характеръ выдѣла (§ 2050 гражд. улож.).

Иждержки, сдѣланныя для приобрѣтенія профессіи, не составляютъ

выдѣла. Естественная обязанность каждаго отца семьи дать дѣтямъ воспитаніе, которое дало бы имъ возможность дѣйствовать и работать по мѣрѣ силъ. Если воспитаніе помогаетъ дѣтямъ обзавестись своею домашнею обстановкою, то помогаетъ посредственно. Оно помогаетъ не имущественно, а вслѣдствіе того, что подготавливаетъ личность къ соотвѣтственному положенію въ жизни. Расходы на воспитаніе не должны поэтому подлежать взносу для уравнинія наслѣдственныхъ долей. Такой взносъ слѣдуетъ разсматривать какъ вопіющую несправедливость. Германское гражданское уложеніе предусматриваетъ такой взносъ для уравнинія наслѣдственныхъ долей только въ томъ случаѣ, когда издержки на воспитаніе не соотвѣтствовали имущественному положенію наслѣдодателя (§ 2050). Но и этого нельзя оправдать, и было бы лучше вообще отказаться отъ взноса расходовъ по воспитанію для уравнинія наслѣдственныхъ долей. Если одно дитя требуетъ больше расходовъ, чѣмъ другое, то это ничто иное, какъ если бы одно дитя по причинѣ болѣзни или другой слабости имѣло бы большія потребности, чѣмъ другое. Уравнине наслѣдственныхъ долей въ данномъ случаѣ было бы механическимъ стремленіемъ къ равенію и находилось бы въ явномъ противорѣчій съ самой природой обязанности родителей воспитывать и содержать дѣтей. Постановленіе гражданского уложенія является уступкой весьма распространенному среди нѣмецкихъ семействъ мелкодушію, которое не понимаетъ, что матерія не должна господствовать надъ духомъ. Это предписаніе должно быть тѣмъ болѣе устранено, что оно можетъ питать это мелкодушіе. Но, конечно, необходимо принять во вниманіе и то, что не все то, что потребляется во время ученія, было направлено на цѣли ученія.

Уравнине наслѣдственныхъ долей совершается не путемъ реального взноса, какъ это было въ римскомъ правѣ. Это было бы совершенно не въ духѣ германскаго права. Уравнине совершается путемъ *зачета*. То, чѣмъ владѣетъ лицо, получившее выдѣлъ, составляетъ его собственность въ качествѣ предвареннаго наслѣдства. Стоимость предоставленія опредѣляется примѣнительно ко времени, когда послѣдовало предоставленіе, такъ какъ получившее его лицо въ свое время получаетъ выдѣлъ въ видѣ предвареннаго наслѣдства, а разъ оно при этомъ получило извѣстное количество наслѣдственныхъ предметовъ, то надо это учесть послѣ сткрытія наслѣдства. Расчетъ производится такимъ образомъ, что стоимость всѣхъ предоставленій фиктивно причитывается къ наслѣдственной

массѣ, сообразно съ этимъ устанавливается размѣръ наслѣдственныхъ долей, и потомъ предоставленіе включается въ наслѣдственную долю получившаго выдѣлъ лица.

Тутъ можетъ представиться такой случай, что дитя получило выдѣлъ, превышающій наслѣдственную долю. Напримѣръ А, одинъ изъ двухъ сыновей, получилъ 60,000 марокъ, а наслѣдство составляетъ 10,000 марокъ, слѣдовательно А въ правѣ заявить притязаніе всего на всего на 35,000 марокъ, но такъ какъ онъ получилъ 60,000 марокъ, то у него на 25,000 марокъ больше, чѣмъ ему слѣдуетъ. Slѣдуетъ ожидать, что А не только ничего не получить изъ наслѣдства, но еще возвратить брату 25,000 марокъ. Однако такъ не бываетъ. Зачетъ, въ крайнемъ случаѣ, можетъ повести къ тому, что получившее выдѣлъ лицо совсѣмъ не получить наслѣдства. Значитъ, въ нашемъ примѣрѣ другой сынъ получить только наслѣдство 10,000 марокъ, а А останется при своемъ выдѣлѣ. Если, такимъ образомъ, одно дитя получило выдѣлъ, превышающій его наслѣдственную долю, то такую неравномѣрность правопорядокъ не принимаетъ во вниманіе. Вѣдь получившее выдѣлъ лицо могло бы просто отказаться отъ наслѣдства и, такимъ образомъ, само собою сохранить свой выдѣлъ. Германское право отказалось отъ системы безусловнаго равенства. Правда, въ германскомъ правѣ все еще замѣчается нѣкоторое тяготѣніе къ уравнинію наслѣдственныхъ долей, поскольку получившее выдѣлъ дитя заявляетъ притязаніе на часть наслѣдства. Но, если дитя предоставляетъ все наслѣдство другому наслѣднику, то стремленіе къ равенству не имѣетъ никакого оправданія (§§ 2055, 2056 гражд. улож.).

3. Наслѣдованіе въ силу воли наслѣдодателя.

§ 115. Въ основаніи римскаго наслѣдственнаго права лежитъ мысль, что наслѣдованіе возможно не только по закону, но и въ силу распоряженія на случай смерти, и что такимъ образомъ наслѣдникъ можетъ быть созданъ посредствомъ распоряженія на случай смерти. Эта мысль въ значительной степени соотвѣтствуетъ институту такъ назыв. „адфатоміи“ (особая форма древне-германскаго усыновленія) и договору о наслѣдованіи германскаго права. Правда, нѣкоторыя германскія права высказали взглядъ, по которому одинъ только Богъ можетъ создать наслѣдника, но никакъ не наслѣдодатель, которому, самое большее, можетъ быть позволено

учредить отказъ. Въ данномъ случаѣ однако сказалось сильное вліяніе римскаго права на германское, и въ Германіи совсѣмъ оставили основную мысль французскаго уложенія, по которому наследовать должно только по закону. И это совершенно справедливо. Когда нѣтъ ближайшихъ наследниковъ, то почему же не дать наследодателю возможности распорядиться по своему усмотрѣнію насчетъ передачи правъ непосредственнаго универсальнаго преемника третьему лицу?

Германское гражданское уложеніе гораздо глубже римскаго права различаетъ и *наследство* отъ *отказа*. Прежде всего, какъ ниже будетъ сказано, отказъ есть только отказъ съ обязательственнымъ правомъ требованія. Германское право не знаетъ *legatum per vindicationem* съ непосредственнымъ приобрѣтеніемъ собственности отказопринимателемъ. Отсутствуетъ также универсальный фидеикомиссъ, который сдѣлалъ бы отказопринимателя тотчасъ или послѣ объявленія отказа универсальнымъ преемникомъ. Эта послѣдняя форма наследованія была и въ римскомъ правѣ аномаліей и вызвана отсутствіемъ въ римскомъ правѣ института подназначенія наследника. Точно также германское гражданское уложеніе точнѣе, чѣмъ это было до сихъ поръ, разграничило понятіе *возложенія обязанностей* (*modus*). Возложеніе обязанностей имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ распоряженіе или совсѣмъ не имѣетъ индивидуализирующаго значенія, или же, когда индивидуализирующее распредѣленіе существуетъ, но тотъ, въ пользу кого оно сдѣлано не имѣетъ притязанія на полученіе отказа, а это право принадлежитъ другимъ лицамъ.

§ 116, По германскому гражданскому уложенію распоряженіе на случай смерти должно быть исходить непосредственно отъ самаго наследодателя. Не дозволяется предоставлять содержаніе распоряженія усмотрѣнію другихъ. Однако это правило многократно нарушается не по отношенію къ назначенію наследника, но по отношенію къ отказамъ и возложеніямъ. При отказахъ третье лицо можетъ рѣшить, кто изъ нѣсколькихъ названныхъ лицъ долженъ получить отказъ. Оно же можетъ рѣшить, какой изъ оставленныхъ наследодателемъ предметовъ долженъ получить каждый изъ нѣсколькихъ надѣленныхъ однимъ отказомъ лицъ. Мало того третье лицо имѣетъ полное право опредѣлить предметъ предоставленія, если наследодатель указалъ цѣль отказа. При возложеніи обязанности даже указаніе лица можетъ быть отдано на справедливое усмотрѣніе третьяго лица, если только цѣль достаточно опредѣлена (§ 2065 2151, 2153, 2154, 2156, 2192, 2193 гражд. улож.).

Сверхъ того, наслѣдодатель съ цѣлью точнаго исполненія своихъ распоряженій можетъ назначить душеприказчика, о чемъ будетъ сказано ниже.

§ 117. *Форма завѣщанія* въ германскомъ гражданскомъ уложеніи, соотвѣтственно съ потребностями, двоякая: публичная и частная ¹⁾.

Публичное завѣщаніе составляется въ присутствіи судьи или нотаріуса и двухъ свидѣтелей. При этомъ судья имѣетъ право вмѣсто двухъ свидѣтелей пригласить одного чиновника канцеляріи суда, а нотаріусъ, вмѣсто двухъ свидѣтелей, другого нотаріуса. Публичное завѣщаніе дѣлается словесно или письменно. Словесно въ томъ видѣ, что наслѣдодатель при свидѣтеляхъ изъявляетъ по пунктамъ свою послѣднюю волю судѣ или нотаріусу, о чемъ составляется протоколъ. Письменно же путемъ передачи въ указанномъ порядкѣ наслѣдодателемъ письменнаго акта съ заявленіемъ, что онъ содержитъ послѣднюю волю. И въ этомъ случаѣ составляется протоколъ. Разумѣется, что протоколъ долженъ быть надлежащимъ образомъ прочитанъ и подписанъ (§ 2238 сл. гражд. улож.). Содержаніе публичнаго завѣщанія считается публично оглашеннымъ, а равно и переданный наслѣдодателемъ письменный актъ ²⁾.

Завѣщаніе должно быть отдано на храненіе въ установленномъ порядкѣ. Однако это храненіе нисколько не вліяетъ на законную силу завѣщанія. (§ 2246 гражд. улож.).

Другое дѣло *частное завѣщаніе*. Оно составляется безъ участія должностнаго лица, безъ какого либо посредничества. Наслѣдодатель собственноручно пишетъ свою послѣднюю волю, отмѣчаетъ мѣсто и число составленія акта и присоединяетъ свою подпись ³⁾.

¹⁾ Германское гражданское уложеніе говоритъ о завѣщаніи, а швейцарское гражданское уложеніе о распоряженіи на случай смерти. Въ § 1937 гражд. улож. послѣ слова „завѣщаніе“, въ скобкахъ находится выраженіе *letztwillige Verfügung*, „послѣдняя воля“. Это выраженіе обозначаетъ въ различныхъ мѣстахъ гражданскаго уложенія одностороннее заявленіе о завѣщаніи, напримѣръ, въ §§ 1369, 1638, 1651, 2044, 2048 гражд. улож. и въ др. Это значитъ, что если такое постановленіе внесено въ договоръ о наслѣдованіи, то оно имѣетъ односторонній, отмѣнительный характеръ (§ 2299 гражд. улож.).

²⁾ Признаніе себя въ этихъ документахъ отцомъ незаконнаго ребенка соответствуетъ §§ 1718 и 1720 гражд. улож. Ср. рѣш. Мюнх. оберландсгерихта, 26 іюня 1902 г., *Mugdan V S. 339*.

³⁾ Желательно, чтобы подпись покрывала и число. Но признали достаточнымъ, чтобы подпись стояла подъ завѣщаніемъ, и затѣмъ чтобы слѣдовало указ-

Число должно быть указано правильно. Однако неточность въ показаніи числа или мѣста не должна служить основаніемъ для недѣйствительности завѣщанія. Напримѣръ, завѣщаніе составляется въ почтовомъ округѣ Берлина и отмѣчается „Берлинъ“, а между тѣмъ наслѣдодатель находится въ предмѣстьи Шарлоттенбургъ. Но что правильное указаніе времени или числа составленія завѣщанія существенно, слѣдуетъ изъ того, что въ зависимости отъ этого можно судить о цѣлой массѣ обстоятельствъ, связанныхъ съ завѣщаніемъ, въ особенности о дѣеспособности наслѣдодателя. Каждая попытка ложно датировать завѣщаніе должна быть безпрекословно наказана признаніемъ недѣйствительности завѣщанія ¹⁾.

Частное завѣщаніе ведетъ свое происхожденіе отъ времени вестготовъ. Рѣже оно встрѣчается на протяженіи среднихъ вѣковъ въ южной Франціи, но признано въ ордоннансахъ 1629 г. (ст. 126) и 1735 г. (ст. 19) и перешло въ Code civil. Оно принято и въ Австріи и всюду привилось съ успѣхомъ ²⁾. Всѣ опасенія, что при частной формѣ завѣщанія нѣтъ юридической гарантіи, что нѣтъ увѣренности, имѣемъ ли мы дѣло съ проектомъ сдѣлки или законченной сдѣлкой, всѣ опасенія относительно легкости подлога и подмѣны завѣщанія, оказались на дѣлѣ напрасными. Единственная опасность заключается въ томъ, что наслѣдодатель ложно укажетъ число составленія завѣщанія съ цѣлью уклониться отъ распоряженій о дѣйствительности завѣщаній, тѣмъ болѣе, что законное прещеніе дѣлаетъ лицо ограниченное въ своей дѣеспособности, неспособнымъ къ составленію завѣщанія съ момента подачи просьбы объ объявленіи даннаго лица состоящимъ подъ законнымъ прещеніемъ (§ 2229 гражд. улож.) ³⁾.

заніе времени составленія завѣщанія. Ср. рѣш. каммергерихта, 24 декабря 1900 г. Mugdan II стр. 126.

¹⁾ Нѣкоторые называли это педантизмомъ, но развѣ формы завѣщанія недостаточно облегчены? Вѣдь, казалось бы, можно по крайней мѣрѣ потребовать правильного указанія числа и мѣста. Такія минимальныя требованія можно вѣдь приложить къ культурному народу. Указанную точку зрѣнія раздѣляетъ и имперская судебная практика.

²⁾ Англійское право, какъ это видно изъ Wills Act 1837 1 Vict. с. 26, тоже знаетъ частное завѣщаніе. Наслѣдодатель его подписываетъ, а потомъ признаетъ подпись своей въ присутствіи двухъ свидѣтелей, которые это подтверждаютъ, укрѣпляя своей подписью.

³⁾ Впрочемъ то же установленіе должно распространяться на лицъ, состоящихъ подъ законнымъ прещеніемъ по причинѣ душевной болѣзни. Не имѣло бы смысла считать слабоумнаго неуправомоченнымъ къ составленію завѣщанія съ

Въ указанномъ случаѣ наследодатель можетъ попытаться обойти законъ путемъ ложнаго обозначенія времени составленія завѣщанія. Необходимое судебное разбирательство подлежащаго случая должно тутъ, какъ и въ другихъ случаяхъ, пролить лучъ свѣта на истину, скрываемую обманомъ и коварствомъ.

Наибольшее достоинство частнаго завѣщанія заключается въ томъ, что оно облегчаетъ изъясненіе своей послѣдней воли. Весьма много людей охотно хотѣло бы изъяснить свои послѣднія распоряженія, но они боятся государственныхъ чиновниковъ и прикосновенія съ присутственными мѣстами. Прежде всего, такое завѣщаніе гарантируетъ личную свободу. Многіе воздерживаются отъ составленія завѣщанія, потому что боятся своихъ родственниковъ, и многіе, которые уже составили завѣщаніе и раскаиваются въ этомъ, не имѣютъ смѣлости его отмѣнить, потому что, разъ они прибѣгнули къ публичной формѣ завѣщанія, то послѣднее можетъ быть оглашено, такъ что отмѣна завѣщанія можетъ вызвать нареканія заинтересованныхъ лицъ. Тутъ частное завѣщаніе наилучшій выходъ. Пары строкъ достаточно, чтобы вполне разорвать сѣти происковъ.

Собственноручное завѣщаніе не должно быть разсматриваемо какъ наследодательный проектъ, который только путемъ признанія вырастаетъ ко времени смерти наследодателя въ сдѣлку. Завѣщаніе есть сдѣлка, хотя она зависитъ отъ личнаго усмотрѣнія. Хотя наследодатель можетъ въ каждый моментъ отмѣнить завѣщаніе, все таки оно закончено и составлено. Если завѣщатель тотчасъ послѣ составленія завѣщанія сошелъ съ ума, то все таки завѣщаніе остается въ силѣ.

Несовершеннолѣтній можетъ составить завѣщаніе только въ томъ случаѣ, если ему исполнилось шестнадцать лѣтъ отъ роду. Лица несовершеннолѣтнія или неумѣющія читать а также слѣпые, не могутъ составлять собственноручнаго завѣщанія, а публичное только въ открытой, но не въ тайной формѣ (§§ 2229, 2238, 2247 гражд. улож.). Указанныя распоряженія касаются только формы, но не дѣйствительности завѣщанія (ст. 11 закона о введеніи въ дѣйствіе).

§ 118. Римское право и въ области наследованія предоставляетъ личности полную свободу. Германское право, а также гражданское

момента подачи просьбы объ объявленіи его состоящимъ подъ законнымъ прещеніемъ, а душевнобольного — со времени вступленія въ силу законнаго прещенія. Пунктъ 2 § 104 гражд. улож. въ данномъ случаѣ недостаточенъ.

уложение, создали для нея много ограничений въ формѣ институтовъ, которые оправдываются только съ точки зрѣнія социальныхъ интересовъ, но въ отношеніи личной свободы внушаютъ сильное сомнѣніе. Такимъ институтомъ является *договоръ о наслѣдованіи*, учрежденіе въ высшей степени сомнительнаго характера, которое разъ на всегда сковываетъ наслѣдодателя, такъ что онъ всю свою жизнь какъ бы связанъ веревкой, развѣ только соучастникъ договора освободить его ¹⁾. И все таки гражданское уложение приняло этотъ злосчастный институтъ, который можетъ отравить всю жизнь и дѣятельность человѣка. Мало того, германское гражданское уложение не предписало даже тѣхъ ограничений, которыя сдѣлали другія права, и согласно которымъ договоръ о наслѣдованіи можетъ быть заключенъ только между супругами или въ брачномъ договорѣ (§ 2274 гражд. улож.). Несмотря на такую замысловатость, договоръ о наслѣдованіи обставленъ особыми формальностями и приуроченъ къ установленному возрасту ²⁾. Нужно признаться, что германское гражданское уложение въ данномъ случаѣ весьма мало уважаетъ личную свободу. Вѣрно, что договоръ о наслѣдованіи иногда удовлетворяетъ весьма реальнымъ потребностямъ. Возьмемъ, напримѣръ, случай, когда кто-либо только путемъ договора о наслѣдованіи добываетъ себѣ капиталы, нужные для увеличенія своего благосостоянія, или же, если кто-нибудь, желая себѣ сдѣлать жизнь пріятной, обезпечиваетъ наслѣдодателя договоромъ о наслѣдованіи.

Договоръ о наслѣдованіи можетъ въ себѣ содержать распоряженія въ пользу лицъ, участвующихъ въ составленіи договора, или въ пользу третьяго лица. Распоряженіями могутъ быть: пазначеніе наслѣдника, отказы, возложенія обязанностей; распоряженія могутъ быть включены обѣими сторонами договора о наслѣдованіи; въ такомъ случаѣ вступаетъ въ силу корреспективность, т. е. ничтожность одного изъ этихъ распоряженій влечетъ за собою не-

¹⁾ Обыкновенно сопоставляютъ договоръ о наслѣдованіи съ отказомъ отъ наслѣдства. Но послѣдній, какъ мы видѣли изъ предыдущаго, нѣчто по существу совершенно иное.

²⁾ Договоръ о наслѣдованіи цѣликомъ основанъ на германско-правовыхъ воспоминаніяхъ. Въ продолженіи цѣлыхъ столѣтій утверждали, что, если наслѣдодатель въ завѣщаніи заявилъ, что его послѣдняя воля неизмѣнна, то это его связываетъ и препятствуетъ измѣненію завѣщанія. См. объ этомъ въ статьѣ Колера въ Arch. für bürgerl. Recht, XXI S. 245.

дѣйствительность всего договора (§ 2298 гражд. улож.), о чемъ ниже будетъ рѣчь.

Особенно важно оспариваніе договора о наслѣдованіи. Если наслѣдодатель получить потомковъ, то въ теченіе одного года онъ имѣетъ право оспаривать договоръ о наслѣдованіи, подъ условіемъ, что во время оспариванія одинъ изъ этихъ потомковъ находится въ живыхъ. Если одинъ изъ участниковъ договора умеръ, то оспариваніе возбуждается подачею заявленія въ судъ, завѣдывающій открывшимися наслѣдствами (§§ 2281—2283, 2079 гражд. улож.).

Впрочемъ, въ договоръ о наслѣдованіи могутъ быть включены также отмѣнительныя распоряженія послѣдней воли. Эти сопутствующія распоряженія включались уже въ былое время, когда еще не знали завѣщаній, въ договоръ о наслѣдованіи (§ 2299 гражд. улож.).

Менѣ стѣснительнымъ, чѣмъ договоръ о наслѣдованіи, является *совокупное завѣщаніе*. И это послѣднее противорѣчитъ началомъ римскаго права; съ германской же точки зрѣнія нѣтъ ничего симпатичнѣе, чѣмъ совокупное завѣщаніе двухъ супруговъ, которое обыкновенно содержитъ въ себѣ добавочное условіе о корреспективности, т. е., составляется такъ, что распоряженія одного изъ супруговъ считаются дѣйствительными, поскольку сохраняютъ силу распоряженія другого. Такимъ образомъ при совокупномъ завѣщаніи наслѣдодатель меньше связанъ, чѣмъ при договорѣ о наслѣдованіи, такъ какъ онъ можетъ отмѣнить завѣщаніе. Отмѣна одной части завѣщанія влечетъ за собою ничтожность распоряженій другой. Отмѣна должна быть доведена до свѣдѣнія другой стороны путемъ публичнаго оглашенія, чтобы другая сторона знала, въ чемъ дѣло и учинила, поскольку она свободна, новыя распоряженія (§§ 2271, 2296 гражд. улож.). По древнегерманскому воззрѣнію супругъ связанъ только тогда, когда онъ является пережившей стороной и принимаетъ наслѣдство. Принятіе наслѣдства заключается въ объявленіи пережившимъ супругомъ, что онъ признаетъ совокупное завѣщаніе, и что сдѣланныя имъ распоряженія не подлежатъ отмѣнѣ. То же самое онъ своевременно долженъ былъ обѣщать покойному супругу, поскольку онъ присваиваетъ себѣ предоставленія изъ совокупнаго завѣщанія. Только путемъ отреченія отъ оставленнаго ему по совокупному завѣщанію наслѣдства онъ можетъ сохранить свою свободу. Въ противномъ же случаѣ пережившій супругъ можетъ отступить отъ своихъ завѣщательныхъ распоряженій только въ видѣ исключенія, а именно, если надѣленный совершитъ явно

несправедливый или безнравственный проступок (§§ 2271, 2294 гражд. улож.).

Такова юридическая мысль въ ея историческомъ развитіи. Эта мысль въ германскомъ гражданскомъ уложеніи смягчена въ томъ отношеніи, что уложеніе говоритъ не о принятіи наслѣдства, а о неотреченіи отъ него. При наслѣдствахъ принятіе и отреченіе близки другъ къ другу, потому что срокъ, до истеченія котораго должно послѣдовать отреченіе, коротокъ; но при отказахъ принятіе и отреченіе болѣе отдалены другъ отъ друга. Но и тутъ и тамъ въ былое время считали существеннымъ не принятіе наслѣдства, а соотвѣтствующее совокупному завѣщанію объективное поведеніе пережившаго супруга, которое обязываетъ къ исполненію завѣщанія.

Это старинное совокупное завѣщаніе неоднократно является для супруговъ средствомъ установить порядокъ наслѣдованія на случай смерти каждаго изъ нихъ. Обыкновенно они назначаютъ наслѣдниками другъ друга, и наслѣдникъ пережившаго супруга долженъ быть точно указаннымъ третьимъ лицомъ. Если одинъ изъ супруговъ переживаетъ другого и не отрывается отъ наслѣдства, то корреспективное совокупное завѣщаніе принимаетъ характеръ договора о наслѣдованіи, благодаря чему пережившій супругъ можетъ его оспаривать, поскольку у него родятся дѣти отъ новаго брака, такъ какъ дѣти, которыя еще не находились въ живыхъ ко времени составленія завѣщанія, имѣютъ право на обязательную долю. Пережившій супругъ можетъ оспаривать совокупное завѣщаніе до истеченія года, поскольку ко времени оспариванія нисходящій потомокъ находится въ живыхъ. Оспариваніе совершается путемъ подачи заявленія въ судъ, завѣдывающій открывшимися наслѣдствами (§§ 2281—2283, 2079 гражд. улож.). Оспариваніе влечетъ за собою недействительность завѣщанія покойнаго супруга, такъ какъ оба завѣщанія имѣютъ силу и теряютъ ее совмѣстно (§ 2270 гражд. улож.).

§ 119. Распоряженія на случай смерти, сдѣланныя въ законномъ порядкѣ, возможны, какъ выше было указано, безъ инсттута назначенія наслѣдниковъ, но невозможны *безъ отказовъ*. Неизбѣжно, чтобы наслѣдодатель имѣлъ право предоставлять путемъ завѣщанія отдѣльные наслѣдственные предметы. Такіе отказы мо-

¹⁾ Ср. рѣшен. Іенскаго оберландсгерихта 12 декабря 1901 г., Mugdan IV, стр. 127.

гутъ быть поставлены въ связь съ институтомъ назначенія наследниковъ. Но возможно предоставить наследодателю право дѣлать представленія и при порядкѣ наследованія по закону, пользуясь институтомъ отказовъ.

Право отказовъ имѣетъ длинный ходъ развитія. Самый широкій опытъ въ этомъ отношеніи принадлежитъ римскому праву; послѣднее между прочимъ, въ особенности, проводило различіе между вещными и обязательственноправовыми отказами. Это различіе двухъ разновидностей отказовъ красною нитью проходитъ черезъ всю систему права отказовъ и проявляется въ безчисленныхъ рѣшеніяхъ *congrua juris*. Этого раздвоенія института не знаетъ германское право, гдѣ нѣтъ вещноправовыхъ отказовъ, а есть только отказы обязательственно-правоваго характера (§ 2174 гражд. улож.). Эта особенность германскаго права находитъ себѣ оправданіе во всемъ характерѣ германскаго наследственного права, а главное, въ нормировкѣ отвѣтственности наследника за долги. Вещный отказъ беретъ предметъ прямо изъ наследственной массы. Съ этого момента предметъ принадлежитъ отказопринимателю, при чемъ онъ передается ему въ собственность не наследникомъ, а наследодателемъ. Отказоприниматель не имѣетъ владѣнія наследственнымъ предметомъ, разъ нѣтъ для этого необходимыхъ условий, но собственность на него принадлежитъ ему незыблемо. Такая система возможна только при наличности неограниченной отвѣтственности наследниковъ. При ней кредиторы должны, разъ они пользуются правомъ отдѣленія имущества, позаботиться, самое большее, о томъ, чтобы наследственная масса сохранила свою цѣлость; за остальное отвѣтственнымъ является наследникъ. Но если, ставъ на точку зрѣнія германскаго права, согласиться, что наследникъ отвѣтствененъ только въ размѣрахъ наследства, то приходится отвергнуть вещный отказъ. Наследство принадлежитъ прежде всего кредиторамъ. Было бы совершенно недопустимо и вредно, если-бы отказоприниматель бравъ въ собственность себѣ отдѣльные предметы изъ наследственной массы въ ущербъ кредиторамъ. Наследодатель могъ бы такимъ образомъ путемъ вещнаго отказа лишить кредиторовъ средства удовлетворенія ихъ претензій, и послѣдніе могли бы быть лишь безучастными зрителями полученія отказопринимателями сдѣланныхъ въ ихъ пользу назначеній. А потому германское гражданское уложеніе признаетъ только обязательственноправовые отказы, т. е., такіе, при которыхъ наследодатель пріобрѣтаетъ притязаніе противъ наследника, при

чемъ онъ имѣть это притязаніе только послѣ кредиторовъ наследодателя, такъ что при конкурсѣ отказоприниматель можетъ имѣть право передавать отказы только тогда, когда удовлетворены не только всѣ кредиторы, но и лица, которымъ были обѣщаны даренія (§ 226 уст. конкурс. и §§ 1973 и 1974 гражд. улож.).

Если римское право различало легаты и фидеикомиссы, то это историческія формы; новому времени это различіе совершенно чуждо. Особое значеніе приобрѣли такъ называемые универсальные фидеикомиссы. И въ Германіи возможно оставить по завѣщательному отказу все имущество такъ, чтобы отказъ былъ обязательно-правовымъ, и чтобы наследникъ былъ обязанъ передать наследственную массу другому лицу. Но римское право относительно универсальныхъ, т. е. имущественныхъ фидеикомиссовъ (хотя они въ общемъ были обязательно-правовыми) постановило во времена императора Нерона, что въ силу простого заявленія наследника, можетъ возникнуть универсальное преемство, такъ что универсальное преемство фидеикомиссара ставится рядомъ съ преемствомъ универсальнаго наследника. Заявленіе наследника могло быть пополнено судомъ, и такимъ образомъ возникло замѣчательное явленіе, что противясь въ сильной степени институту подназначенія наследниковъ, римское право привело его въ свою систему заднимъ крыльцомъ. Германское право этого не дѣлаетъ. Оно считаетъ подназначенное наследство наследствомъ, а во всемъ прочемъ отказы являются и остаются обязательно-правовыми.

§ 120. *Приобрѣтеніе отказа* наступаетъ съ момента открытія наследства, т. е. смерти наследодателя. Съ этого момента отказоприниматель приобретаетъ обязательно-правовое право требовать отъ обремененнаго отказомъ лица предоставленія отказаннаго предмета. Если отказъ составленъ примѣнительно къ наступленію извѣстнаго условія или срока, то приобретеніе отказа отсрочивается до наступленія условія или срока, при чемъ представляются слѣдующіе случаи:

1. Или а) обусловленный отказъ слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что отказоприниматель долженъ находиться въ живыхъ въ моментъ наступленія условія. Тутъ условіе считается уничтоженнымъ, если отказоприниматель до наступленія соответствующаго событія умеръ. Римское право считало безусловно необходимымъ, чтобы отказоприниматель дожилъ до наступленія условія, германское же уложеніе допускаетъ отступленія отъ этого правила (§ 2074 гражд. улож.). Или же б) надо понимать завѣщательный

отказъ такъ, что условіе можетъ быть выполнено и въ случаѣ преждевременной смерти, и тогда отказъ приобрьтается наслѣдникомъ отказопринимателя.

2. Въ обоихъ случаяхъ „а“ и „б“, имѣть силу то положеніе, что промежутокъ между открытіемъ наслѣдства и приобрьтеніемъ отказа долженъ опредѣляться согласно съ постановленіями объ условныхъ обязательствахъ (§§ 2074, 2177 и сл. гражд. улож.).

Все это въ германскомъ гражданскомъ уложеніи изложено не особенно красиво.

Въ остальномъ, римское право установило немного запутанный порядокъ приобрьтенія отказа. Оно различало *dies cedens* и *dies veniens*. *Dies cedens* больше всего, но не вполне, соответствуетъ германскому приобрьтенію отказа. Онъ опредѣляетъ окончательно, возникаетъ ли право на отказъ, или нѣтъ, и въ чью пользу; рѣшающимъ является то, доживетъ ли надѣленный до *dies cedens*. Но этимъ еще не приобрьтается право на приобрьтеніе отказа; дѣло въ томъ, что, по римскому праву, право на приобрьтеніе отказа возникаетъ только тогда, когда наслѣдство достается въ руки наслѣдниковъ, въ противномъ же случаѣ все завѣщаніе теряетъ силу. Отсюда правило, что право на приобрьтеніе отказа возникаетъ съ момента, когда наслѣдникъ вступаетъ во владѣніе наслѣдствомъ; это и былъ *dies cedens*. Этотъ искусственный порядокъ устраняется съ того момента, когда, по германскому праву, наслѣдникъ самъ собою перестаетъ быть наслѣдникомъ. Благодаря этому отпадаетъ различіе между приобрьтеніемъ наслѣдства и вступленіемъ во владѣніе наслѣдствомъ, что равнозначуще съ уничтоженіемъ разницы между *dies cedens* и *dies veniens*. Но за то германское право имѣетъ то усложненіе, что отказъ приобрьтается и тогда, когда отказоприниматель во время приобрьтенія его не находится въ живыхъ; это возможно, если условіе и срокъ понимается въ томъ смыслѣ, что отказоприниматель не долженъ находиться въ живыхъ въ моментъ ихъ наступленія.

Право на требованіе отказа приобрьтается, какъ и по римскому праву, само по себѣ. И тутъ предоставляется право отреченія отъ отказа, но отказоприниматель теряетъ это право съ принятіемъ отказа. Отреченіе отъ отказа и принятіе его совершается чрезъ заявленіе о томъ обремененному отказомъ лицу. Заявленіе можетъ послѣдовать послѣ открытія наслѣдства, а также до приобрьтенія отказа. Заявленіе не дѣйствительно, если сдѣлано съ указаніемъ срока (§ 2180 гражд. улож.).

§ 121. Каждый отказъ предполагаетъ двухъ лицъ: *обремененнаго отказомъ* и *надѣленнаго* имъ. Такъ было въ римскомъ правѣ; то же въ еще большей степени относится къ германскому праву, гдѣ отказъ имѣетъ обязательственноправовой характеръ: обремененный является должникомъ, надѣленный—кредиторомъ. Обремененнымъ можетъ быть не только наслѣдникъ, но и отказоприниматель, вообще всякій, кому дѣлается назначеніе имущества по случаю смерти. Это вполне справедливо, такъ какъ наслѣдодатель долженъ имѣть право по своему усмотрѣнію ограничивать каждое назначеніе, дѣлая послѣднее источникомъ новыхъ назначеній. Не будь этого, то оказалось бы невозможнымъ цѣлое множество дарственныхъ актовъ, и институтъ назначеній на случай смерти былъ бы ограниченъ. Если, напримѣръ, наслѣдодатель предоставляетъ кому-либо свой домъ, то ему должно быть разрѣшено обременить отказопринимателя денежнымъ отказомъ въ пользу своего слуги. Денежнаго отказа наслѣдодатель бы не возложилъ на наслѣдника, такъ какъ наслѣдникъ долженъ былъ бы отдать только домъ. Такимъ образомъ дается возможность присоединить къ крупнымъ назначеніямъ цѣлую массу мелкихъ и этимъ путемъ удовлетворять во всѣхъ направленіяхъ свои этическія стремленія, вызывая благодарность, признательность, нравственное содѣйствіе, поощреніе и многое другое, что является цѣлью актовъ добровольнаго даренія. Во всякомъ случаѣ законъ гласитъ, что отказоприниматель не можетъ быть обремененъ въ большей мѣрѣ, чѣмъ самъ надѣленъ (§ 2187 гражд. улож.). Онъ можетъ отказать въ исполненіи того, что превышаетъ полученное по отказу, и удовлетворить кого слѣдуетъ въ размѣрахъ полученнаго.

Само собою разумѣется, что на отказъ въ свою очередь можетъ быть возложенъ отказъ. И, такимъ образомъ, при отказѣ возможенъ подотказъ, какъ при наслѣдствѣ — подназначеніе наслѣдниковъ. Подотказъ подлежитъ тѣмъ же ограниченіямъ, что и подназначеніе наслѣдниковъ, такъ что по истеченіи тридцатилѣтняго срока назначеніе отпадаетъ, разъ предоставленное по отказу не приобрѣтено, и условіе наступило. Подотказъ, условіе котораго наступаетъ по истеченіи тридцатилѣтняго срока, считается необязательнымъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ (§ 2162 и сл. гражд. улож.).

Если отказъ возложенъ на нѣсколькихъ наслѣдниковъ или отказопринимателей, то при сомнѣніи обремененіе падаетъ на нихъ соразмѣрно съ наслѣдственными долями или съ цѣнностью отказовъ. Тутъ нѣтъ совокупной отвѣтственности, что вполне справед-

ливо. Нѣтъ основанія обезпечивать отказы, въ такой же сильной степени какъ долговыя требованія кредиторовъ. Послѣднія выросли противъ наслѣдодателя и не должны быть ограничены раздѣломъ наслѣдства между наслѣдниками. Отказы же вырастаютъ въ видѣ наслѣдства при наличности или одного или нѣсколькихъ обремененныхъ отказомъ отказоприноимателей (§ 2148 гражд. улож.).

Отказъ *предварительной части* (прелегать), т. е. отказъ въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ, принявъ въ германскомъ правѣ здоровыя формы послѣ извлеченія его изъ схоластическаго хлама романистической псевдонауки. Та очевидная несообразность, которую въ этомъ отношеніи развили римляне, была выяснена въ другомъ мѣстѣ ¹⁾. Отказъ предварительной части, это не что иное, какъ свойственная наслѣдственнымъ долямъ особенность, въ силу которой раздѣлъ наслѣдства производится такъ, что одинъ сонаслѣдникъ получаетъ извѣстную часть наслѣдственной массы впередъ, а остальное дѣлится сообразно съ наслѣдственными долями. А если сонаслѣдникъ откажется отъ наслѣдства, то распоряженіе переходитъ въ отказъ, и возникаетъ обыкновенный отказъ въ пользу сонаслѣдника, какъ третьяго лица. Римляне сумѣли опутать этотъ институтъ съ его простымъ содержаніемъ въ ткань схоластическихъ разсужденій, на которыхъ они упражняли свое остроуміе. Они это дѣлали, высказывая ложную мысль, что при отказѣ предварительной части передъ нами настоящій отказъ, при которомъ должны быть налицо обремененный, и надѣленный. Благодаря этому они пришли къ ложному выводу, что отказъ предварительной части отчасти дѣйствительный, отчасти недѣйствительный отказъ. Недѣйствительный въ томъ случаѣ, если отказоприноиматель предварительной части долженъ расплачиваться самъ съ собой. Если бы онъ, напримѣръ, былъ наслѣдникомъ третьей части наслѣдства, то отказъ предварительной части былъ бы на одну треть ничтоженъ, и эту треть онъ бы имѣлъ не въ качествѣ отказоприноимателя, а наслѣдника. Отсюда слѣдуетъ рядъ самыхъ странныхъ умозаключеній, которыя отброшены германскимъ правомъ. И гражданское уложеніе, между прочимъ, весьма резонно установило слѣдующее. Если на сонаслѣдника возложено предоставить свою наслѣдственную долю подназначенному наслѣднику, то это распространяется только на наслѣдственную долю сонаслѣдника, а не на отказъ предварительной части и не на ту долю, которую по римскимъ воз-

¹⁾ Arch. für das civ. Praxis, 91, 347 сл.

зрѣніямъ отказоприниматель будто бы даетъ самому себѣ, и которой по этой причинѣ онъ владѣетъ не въ качествѣ отказопринимателя, а наслѣдника. То же самое распространяется на случай покупки наслѣдства (§ 2150, 2110, 2373 гражд. улож.).

§ 122. Кромѣ отказовъ существуетъ еще институтъ *возложенія обязанностей* (modus), о которомъ уже была рѣчь раньше. Путемъ возложенія обязанностей наслѣдодатель желаетъ достигнуть опредѣленнаго результата или въ интересахъ общаго блага, или въ воспоминаніе о себѣ, или въ пользу какого-либо третьяго лица. Существенно то, что и въ послѣднемъ случаѣ лицо, въ пользу котораго сдѣлано назначеніе, не имѣетъ права на осуществленіе своихъ притязаній (§§ 1940, 2192 гражд. улож.). Оно и не должно имѣть этого права, разъ оно совершенно неизвѣстно, такъ, напримѣръ, если возложеніе совершено въ пользу недостаточныхъ ученыхъ, художниковъ, и т. д., гдѣ ближайшей задачей является опредѣлить лицо, въ пользу котораго совершено возложеніе обязанности. Въ данномъ случаѣ приписывать себѣ права лица, въ пользу котораго совершено возложеніе, было бы неправильно и даже немислимо, такъ какъ указаніе лица лишено какой бы то ни было опредѣленности.

Въ виду этого германское гражданское уложеніе установило, что возложеніе не даетъ лицу, въ пользу котораго учреждено возложеніе, притязанія на исполненіе. Тутъ не возникаетъ долговаго требованія, какъ это имѣетъ мѣсто при отказахъ. Но могутъ настаивать на исполненіи возложенной обязанности третьи лица, а именно: душеприказчикъ, наслѣдникъ, сонаслѣдникъ или тотъ, кто былъ бы наслѣдникомъ, если бы обремененный не былъ призванъ къ наслѣдованію. Благодаря этому происходятъ довольно своеобразныя отношенія. Третьи лица имѣютъ притязаніе безъ права требованія; имѣютъ *притязаніе въ пользу третьихъ лицъ* ¹⁾.

§ 123. Институтъ *душеприказчиковъ* по преимуществу созданіе германскаго права. Первоначально душеприказчикъ былъ фидуціарнымъ собственникомъ переданнаго ему имущества, съ обязательствомъ отказать это имущество по указаніямъ наслѣдодателя (Salmann). Такой душеприказчикъ соответствовалъ trustee англійскаго права, имѣвшему важное значеніе въ исторіи англійскаго права при uses. Но это не душеприказчикъ современнаго права. Кано-

¹⁾ См. объ этомъ Kohler, Fünf Studien zum BGB.

ническое право произвело глубокой переворотъ по данному вопросу ¹⁾. Въ настоящее время душеприказчикъ является какъ бы *должностнымъ лицомъ*. Онъ, подобно опекуну, является представителемъ и дѣйствуетъ въ интересахъ третьяго лица; а это третье лицо есть безмолвное юридическое лицо германскаго гражданскаго уложенія, а именно, *наслѣдство*. Какъ въ случаѣ управления наслѣдства судомъ, завѣдывающимъ открывшимися наслѣдствами, такъ и при наличности душеприказчика, наслѣдство становится юридическимъ лицомъ. Связь съ наслѣдникомъ порывается; все это въ томъ предположеніи, что дѣло идетъ о душеприказчикѣ съ полномочіями управления ²⁾. Это видно вполне ясно изъ того обстоятельства, что при наличности душеприказчика не можетъ распоряжаться наслѣдствомъ не только наслѣдникъ, но и кредиторы не имѣютъ доступа къ наслѣдству (§ 2211, 2214 гражд. улож.) Душеприказчикъ затѣмъ имѣетъ возможность обременить наслѣдство долгами, и наконецъ, притязанія противъ наслѣдодателя равносильны притязаніямъ противъ душеприказчика (§ 2213 гражд. улож.). Притязанія могутъ быть направлены и противъ наслѣдника, но тогда наслѣдство въ качествѣ имущества, находящагося въ управленіи другого, недоступно для кредиторовъ, поскольку послѣдніе не имѣютъ притязаній къ душеприказчику на допущеніе понудительнаго исполненія по отношенію къ наслѣдству, такъ какъ они безъ сомнѣнія имѣютъ право судебного иска къ душеприказчику (§ 2213 гражд. улож.; §§ 748, 780 уст. гражд. судопр.). А потому душеприказчикъ наряду съ наслѣдникомъ заносится въ вотчинную книгу въ силу § 53 уст. вотч.

Изъ всего этого становится ясной конструкція душеприказчика съ правомъ управления наслѣдственнымъ имуществомъ. Душеприказчикъ является представителемъ или, вѣрнѣе, органомъ юридическаго лица—наслѣдства ³⁾. Конечно, это юридическое лицо не

¹⁾ Ср. объ этомъ превосходное сочиненіе *Schulze, Über die langobardische Treuhand*, а также венеціанскую грамоту: *Rialto 1183, Volo ut suprascripta proprietates veniat in potestatem suprascriptorum commissariorum meorum et do eis potestatem ut eam vendant et precium illius distribuant pro anima mea et parentum meorum* (Archivio Veneto X p. 332).

²⁾ Душеприказчикъ безъ права управления имѣетъ только притязаніе въ пользу третьихъ лицъ (§ 2208 гражд. улож.)

³⁾ Но не представителемъ наслѣдниковъ, ср. рѣшеніе каммергерихта въ *Jahrb. v. Iohow und Ring XXIV A 106*. Поэтому наслѣдники могутъ быть свидѣтелями въ процессахъ душеприказчика; см. рѣш. гамбург. оберландсгер.

имѣть недѣлимаго права на распоряженіе наслѣдствомъ; право душеприказчика управлять наслѣдствомъ можетъ быть ограничено, но тогда и право распоряженія самого юридическаго лица является ограниченнымъ, и именно ограниченнымъ вещно-правовымъ образомъ, поскольку находится на лицо конкурирующее вещное право наслѣдника. Разъ этого нѣтъ, то право наслѣдника пріобрѣтаетъ силу лишь въ томъ смыслѣ, что наслѣдникъ имѣетъ фидуціарное притязаніе на выдачу наслѣдства послѣ окончанія дѣятельности душеприказчика.

Душеприказчикъ назначается въ завѣщанія и въ договорѣ о наслѣдованіи, однако только съ завѣщательнымъ дѣйствіемъ, т. е., съ правомъ отмѣны. Все это очень неосновательно. Въ этомъ случаѣ, какъ и при назначеніи опекуна, было бы въ высшей степени неумѣстно, чтобы наслѣдодатель былъ связанъ своимъ единичнымъ постановленіемъ, въ то время какъ указанное лицо съ теченіемъ времени можетъ сильно измѣниться и обнаружить характеръ вовсе не похожій на предполагаемый (§§ 2197, 2278, 2299 гражд. улож.). Особенно интересно то, что выборъ личности душеприказчика можетъ быть предоставленъ третьему лицу, а именно суду, завѣдывающему открывшимися наслѣдствами. Послѣднее въ высшей степени цѣлесообразно, такъ какъ выборъ личности напередъ затруднителенъ, и вполне разумно, чтобы судъ, завѣдывающій открывшимися наслѣдствами, выбралъ лицо, которое въ данное время кажется ему наиболѣе подходящимъ. Весьма похвально и то, что судъ завѣдывающій наслѣдствами, имѣетъ право выбрать другого душеприказчика, разъ отпадетъ первый. Это право дается суду само собою, разъ назначеніе душеприказчика ставится въ зависимость отъ него. (§§ 2198, 2200 гражд. улож.) ¹⁾.

6 ноября 1901 г., *Mugdan* IV § 122. Но такъ какъ душеприказчикъ-представитель, то примѣняется § 181. Неправильно рѣшеніе коллм. оберландсгер. гражд. улож. 26 марта 1902 г., *Zeitsch-für Els-Lotring*. XXVII, § 484.

¹⁾ Было бы вообще желательно издать постановленіе, чтобы судъ, завѣдывающій открывшимся наслѣдствомъ, имѣлъ право въ случаѣ нужды назначать душеприказчика, какъ это было раньше въ гамбургскомъ правѣ. Это и теперь распространяется гамбургскимъ правомъ на наслѣдства лицъ, умершихъ до вступленія въ силу гражданскаго уложенія. Ср. рѣш. гамбург. ландсгер. 14 февраля 1901 г. *Hanseatische Gerichtszeitung* 1901 г. *Beiblatt*, стр. 189.

4. Мѣры противъ произвола наслѣдодателя (право на неотъемлемую долю).

§ 124. Въ правѣ на неотъемлемую долю германское гражданское уложеніе оставило германско-правовыя воззрѣнія и вступило всецѣло въ область римскаго права. Это до нѣкоторой степени было вызвано необходимостью. Германская правовая система могла быть прочной лишь въ томъ случаѣ, если бы отказалась, подобно французскому праву, отъ завѣщательнаго наслѣдственнаго права и признала бы силу одного наслѣдованія по закону. Германское право на неотъемлемую долю основывалось на той мысли, что благодаря законному порядку наслѣдованія наслѣдодатель не въ состояніи обременить наслѣдника сверхъ извѣстнаго предѣла: такимъ образомъ, при законномъ порядкѣ наслѣдованія одна часть наслѣдственной массы доступна для распоряженій наслѣдодателя, а другая нѣтъ. Подобнымъ же образомъ развивалось право на неотъемлемую долю въ различныхъ областяхъ германскаго правообразованія, а именно во Франціи. Право на неотъемлемую долю вытекаетъ изъ недоступности имущества для распоряженій наслѣдодателя въ германскомъ правѣ и смягчено лишь немного въ томъ отношеніи, что наслѣдственное имущество не цѣликомъ, а лишь до нѣкоторой степени не подлежитъ распоряженію наслѣдодателя. Правда этотъ германскій институтъ имѣлъ въ виду только наслѣдственное, но не благопріобрѣтенное имущество. И многія права позаимствовали тотъ взглядъ, что исполнѣ свободно только благопріобрѣтенное имущество, а унаслѣдованное должно быть болѣе или менѣе связано. Но есть права, которыя сравнивали унаслѣдованное и благопріобрѣтенное имущество и разрѣшили наслѣдодателю одну часть наслѣдственной массы раздать, а другую нѣтъ. Такой ходъ развитія замѣчается въ правахъ сѣверной Франціи. Послѣдній способъ привелъ къ системѣ, которую принялъ Code Civil ¹⁾. Но разъ германское гражданское уложеніе включило въ свою систему завѣщательный порядокъ наслѣдованія, то германская система потеряла подъ собою почву. Когда наслѣдодатель назначаетъ наслѣдниковъ со стороны, то законные наслѣдники не могутъ сказать, что слишкомъ много отобрано отъ законной наслѣд-

¹⁾ См. объ этомъ Kohler, Über den Erbvorbehalt in den Coutumes въ Festgabe für Dernburg.

ственной доли, такъ какъ такой даже у нихъ совершенно нѣтъ. А, слѣдовательно, пришлось отказаться отъ указаннаго принципа, который и помимо всего былъ причиною разныхъ затрудненій и несообразностей, какъ это указано авторомъ въ только что упомянутомъ сочиненіи.

Римская система даетъ управомоченнымъ лицамъ *неотъемлемую* или *обязательную* долю, т.-е. выставляетъ требованіе, чтобы въ пользу нихъ былъ выдѣленъ опредѣленный размѣръ имущества. Разъ этого нѣтъ, то управомоченный можетъ предъявить денежное притязаніе противъ наслѣдства примѣнительно къ цѣнности доли.

Это и есть римская или, вѣрнѣе, романская система. Въ римскомъ правѣ право на неотъемлемую долю претерпѣло много невзгодъ. Оно столь запутано и скомкано въ кодексѣ Юстиніана, что добраться до истиннаго ея смысла могла только юридическая практика. Какъ извѣстно, первоначальное римское право знало такъ называемое формальное необходимое наслѣдованіе, заключавшееся въ томъ, что члены *familiae*, а также лица, переставшіе быть таковыми, могли возбуждать искъ по поводу того, что они прямымъ образомъ не исключены изъ числа наслѣдниковъ, хотя и устранены отъ наслѣдства, т. е. лишаются своихъ наслѣдственныхъ правъ. Рядомъ съ этимъ на почвѣ практики суда центумвировъ развилась мысль, что не слѣдуетъ считать здравымъ и разумнымъ распоряженію наслѣдодателя, если послѣдній отнялъ все или слишкомъ много у своего ребенка или другихъ своихъ родственниковъ, не совершившихъ ничего предосудительнаго. Это повело къ учрежденію неотъемлемой доли, т. е. извѣстной части законной наслѣдственной доли, которую нужно было предоставить ничѣмъ не запятнавшимъ себя дѣтямъ. Въ противномъ случаѣ приходилось имѣть дѣло съ цензурой суда центумвировъ. Однако эта идея цензуры препятствовала зарожденію разумной системы права на неотъемлемую долю. Установился болѣе или менѣе взглядъ, что завѣщаніе, въ которомъ упущена неотъемлемая доля, имѣетъ значеніе завѣщанія, составленнаго умалишеннымъ. Въ виду этого совершенно или частично избѣгали неотъемлемой доли, такъ что наслѣдникъ получалъ не свою неотъемлемую долю, а полную законную наслѣдственную долю. Дѣло оставалось въ такомъ положеніи въ продолженіе нѣсколькихъ столѣтій, даже во времена великихъ юристовъ. Мало-по-малу дошли до новаго средства улучшенія института неотъемлемой доли. Наслѣднику, управомоченному на неотъемлемую долю, оставалась извѣстная денежная сумма съ ого-

воркой, что разъ эта сумма слишкомъ мала для неотъемлемой доли, то слѣдуетъ ее соотвѣтственно дополнить. Юстиніанъ прибавляетъ, что эту оговорку слѣдуетъ предполагать всегда, такъ что всегда возможенъ искъ о выполненіи, разъ предоставленіе недостаточно. Искъ о выполненіи былъ обязательственно-правовымъ денежнымъ притязаніемъ. Оставался теперь уже одинъ только шагъ къ тому, чтобы сказать, что если наслѣднику ничего не оставлено, то онъ имѣетъ обязательственно-правовое притязаніе на денежную сумму, равную цѣнности неотъемлемой доли. Юстиніанъ этого шага не сдѣлалъ, но еще болѣе запуталъ дѣло въ своей 115 новеллѣ. Однако юридическая практика Германіи и Франціи неоднократно доходила до послѣдняго заключенія, которое и принято германскимъ гражданскимъ уложеніемъ. Германское гражданское уложеніе такимъ образомъ регулируетъ право на неотъемлемую долю путемъ дальнѣйшаго послѣдовательнаго развитія римскихъ идей.

Такимъ образомъ, гражданское уложеніе Германіи по вопросу о неотъемлемой долѣ представляетъ итогъ того, что сдѣлано римскимъ правомъ, и не создаетъ ничего новаго. Его заслуга заключается въ томъ, что оно сдѣлало болѣе или менѣе правильный выборъ изъ постановленій пандектнаго права, болѣе или менѣе правильно развило дальше данныя, добытыя теоріями этого права и очистило ихъ отъ зарослей, на нихъ образовавшихся. Вполнѣ разрѣшить вопросъ германскому гражданскому уложенію не удалось. Чувствуется, что редакторы останавливались въ виду слишкомъ малой предыдущей научной разработки вопроса. Редакторы справились съ дѣломъ при наличной научности разработки, но, гдѣ ей не было, имъ измѣняли силы.

§ 125. По гражданскому уложенію, какъ и по пандектному праву слѣдуетъ отмѣчать *притязаніе на неотъемлемую долю отъ предоставленія неотъемлемой доли*. Предоставленіе на лицо, разъ наслѣдникъ, управомоченный на неотъемлемую долю, призванъ къ наслѣдованію, или если онъ былъ бы призванъ при отсутствіи распоряженія на случай смерти. Представленіе идетъ до размѣровъ по крайней мѣрѣ неотъемлемой доли. Неотъемлемая доля составляетъ по гражданскому уложенію половину законной наслѣдственной доли. Управомочены на неотъемлемую долю нисходящія потомки даже и болѣе далекихъ ступеней, родители (но не восходящія высшей степени) и супруги (§ 2303 гражд. улож.).

Притязаніе на неотъемлемую долю возникаетъ тогда, когда предоставленіе не соотвѣтствуетъ размѣру неотъемлемой доли или въ

силу распоряженія или въ силу отреченія управомоченнаго на неотъемлемую долю наслѣдника. Первое происходитъ тогда, когда управомоченное на неотъемлемую долю лицо ея не получило, и если неотъемлемая доля не предоставлена ему и путемъ отказа. Второе бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ. Если неотъемлемая доля предоставляется путемъ отказа, то гражданское уложеніе разрѣшаетъ управомоченному на неотъемлемую долю лицу отречься отъ отказа и требовать неотъемлемую долю. Основаніемъ для этого служить то, что наслѣдодатель можетъ предоставить путемъ отказа лицу, управомоченному на неотъемлемую долю, всевозможные предметы, которые для него не имѣютъ никакой цѣнности. Но если управомоченный назначенъ наслѣдникомъ, то онъ имѣетъ право на искъ о неотъемлемой долѣ только въ томъ случаѣ, если наслѣдственная доля слишкомъ мала. Возможно конечно, что наслѣдственная доля достаточно велика, но обременена отказомъ, подназначеніемъ наслѣдниковъ, душеприказчикомъ и т. п. Въ римскомъ правѣ въ этомъ случаѣ помогали тѣмъ, что, поскольку наслѣдственная доля представляетъ изъ себя неотъемлемую долю, то обремененіе отпадаетъ. Положимъ, что неотъемлемая доля составляетъ одну четвертую а предоставляемая наслѣдственная доля одну треть, такъ что наслѣдственная доля превышаетъ на $\frac{1}{12}$ неотъемлемую долю (т. е. $\frac{1}{4} = \frac{1}{3}$, слѣд. на $\frac{1}{12}$ больше неотъемлемой доли). По римскому праву такое обремененіе недействительно, поскольку относится къ одной четвертой, но дѣйствительно, если падаетъ на одну двѣнадцатую. На этой почвѣ судебная практика создаетъ образъ дѣйствій, который называется *cautela Socini* ¹⁾. Уже въ 16 вѣкѣ наслѣдодатель обыкновенно опредѣлялъ, долженъ ли наслѣдникъ, управомоченный на неотъемлемую долю, принять распоряженіе такимъ, какъ оно есть, или же опираться на неотъемлемую долю. Эта *cautela* была настолько частой, что мало-по-малу на нее стали смотрѣть, какъ на обычное явленіе. Этому взгляда придерживается и германское гражданское уложеніе. Такъ что, если управомоченное на неотъемлемую долю лицо получить часть наслѣдства, точно соответствующую его неотъемлемой долѣ, то всякое обремененіе отпадаетъ. Но если оно получить предоставленіе большее, чѣмъ его неотъемлемая доля, то выступаетъ на сцену *cautela Socini* въ такомъ видѣ, что наслѣдникъ или принимаетъ

¹⁾ Marianus Socinus младшій, 1482—1556, написалъ *consilia*. См. о немъ Савиньи, Исторія римскаго права, томъ IV, стр. 353 и слѣд.

наслѣдственную долю со всѣми ея обремененіями, или же онъ отрѣкается отъ наслѣдства и возбуждаетъ споръ о неотъемлемой долѣ (§ 2306 гражд. улож.). Но это дѣлаетъ вопросъ крайне запутаннымъ. Если, напримѣръ, наслѣдственная доля составляетъ 10,000 марокъ, и если наслѣдодатель предоставляетъ наслѣднику, управомоченному на неотъемлемую долю, наслѣдственную долю въ 10,000 марокъ (напр., недвижимость, что можетъ разсматриваться, какъ наслѣдственное предоставленіе), но съ подназначеніемъ наслѣдника, то наслѣдникъ безпрепятственно получаетъ свою наслѣдственную долю. Но если наслѣдственная доля составляетъ 10,001 марокъ, то наслѣдникъ долженъ или принять обремененіе, или же отречься отъ наслѣдственной доли и требовать эти 10,000 марокъ въ деньгахъ въ качествѣ неотъемлемой доли. Но какъ легка ошибка при оцѣнкѣ наслѣдственной доли! Римская система гораздо практичнѣе. Было бы лучше оставить Социна въ покоѣ, а *cautel'y* сохранить только на случай, если она предусмотрѣна въ завѣщаніи. Тутъ надо еще принять во вниманіе и то, что § 2306 недостаточенъ, такъ какъ онъ говоритъ о половинѣ наслѣдственной доли. Лучше было бы сказать: неотъемлемая доля, соотвѣтствующая наслѣдственной долѣ, такъ какъ важно лишь то, заключается ли въ предоставленіи неотъемлемая доля или больше. Но въ силу § 2311 а также уравнительныхъ постановленій §§ 2315 и 2316, конкретная неотъемлемая доля можетъ сдѣлаться чѣмъ-то совершенно инымъ, чѣмъ половина наслѣдственной доли: она можетъ дойти до цѣлой наслѣдственной массы. На такихъ неопредѣленностяхъ основано различіе, проведенное въ § 2306.

§ 126. Искъ о неотъемлемой долѣ есть притязаніе противъ наслѣдства и, значитъ, наслѣдственный долгъ, но онъ уплачивается лишь послѣ урегулированія другихъ наслѣдственныхъ долговъ. Искъ обременяетъ наслѣдника. Но наслѣдникъ можетъ при извѣстныхъ условіяхъ перенести обремененіе и на другихъ, особенно, когда онъ обремененъ отказами. Было бы въ этомъ случаѣ нецѣлесообразно, чтобы обремененіе падало только на наслѣдника, и чтобы отказоприематель получилъ полный отказъ. А потому установлено, что назначенный наслѣдникъ отвѣтствененъ передъ управомоченнымъ на неотъемлемую долю въ полной неотъемлемой долѣ, но можетъ требовать возмѣщенія соотвѣтствующей части со стороны отказоприемателя, такъ что наслѣдникъ и отказоприематель въ одинаковой степени, т. е., соотвѣтственно полученнымъ суммамъ, отвѣтственны въ случаѣ возбужденія спора о неотъемлемой долѣ (§ 2318 гражд. улож.).

§ 127. Уже римское и германское права пришли къ убѣжденію, что неотъемлемая доля можетъ быть нарушена путемъ даренія между живыми. Наслѣдодатель можетъ сдѣлать столько дареній, что наслѣднику, управомоченному на неотъемлемую долю, останется весьма мало или даже ничего изъ наслѣдства, хотя бы онъ былъ единственнымъ наслѣдникомъ. Въ подобныхъ случаяхъ римское право, хотя и довольно поздно, но допустило *querelam inofficiosae donationis*. И германское право разрѣшаетъ искъ противъ дареній, но съ нѣкоторыми ограниченіями. Эти ограниченія входятъ въ германское гражданское уложеніе, по которому даренія принимаются во вниманіе при вычисленіи размѣровъ неотъемлемой доли. Даренія фиктивно присчитываются къ наслѣдственной массѣ и соотвѣтственно съ этимъ вычисляются дополненія къ неотъемлемымъ долямъ. Если имущество равно А, а дареніе X, и имѣются три наслѣдника, то фиктивная доля каждого равна $\frac{A+X}{3}$, а неотъемлемая доля составитъ половину этого, т. е. $\frac{A}{6} + \frac{X}{6}$; $\frac{A}{6}$ составляетъ собственно неотъемлемую долю, $\frac{X}{6}$ — дополненіе къ ней. Это дополненіе, управомоченное на неотъемлемую долю лицо можетъ требовать изъ наслѣдственной массы. Если тутъ нельзя ничего получить, то управомоченный имѣетъ право возбудить противъ одареннаго искъ о неправомѣрномъ обогащеніи, причемъ прежде всего искъ возбуждается противъ того, кто одаренъ послѣднимъ. Отъ него и требуется дополненіе $\frac{X}{6}$. Но тѣ даренія, которыя были сдѣланы за 10 лѣтъ до смерти, подчиняются закону, по которому дареніе по истеченіи 10 лѣтъ становится собственностью (§ 2325—2329, ср. съ § 529 гражд. улож.).

§ 128. Римскому праву соотвѣтствуетъ также то, что неотъемлемая доля является лишь относительной и, при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ, ея можно было лишиться. Прежде говорили о лишеніи наслѣдства. Гражданское уложеніе называетъ это, напротивъ, лишеніемъ неотъемлемой доли; подъ лишеніемъ наслѣдства понимаютъ тотъ случай, когда нѣкто въ завѣщаніи отнимаетъ у законнаго наслѣдника право на наслѣдованіе, съ чѣмъ, однако, еще не связано лишеніе неотъемлемой доли (§§ 1938, 2333 сл., 2336) ².

²) Напротивъ отказъ (по договору) отъ наслѣдства лишаетъ наслѣдника, въ случаѣ сомнѣнія, и неотъемлемой доли (§ 234 гражд. улож.); ср. также Strohal, стр. 286.

Что же касается лишения неотъемлемой доли, то гражд. улож. послѣдовало не только за римскимъ правомъ, а специально за правомъ Юстиніана, въ томъ смыслѣ, что лишающее доли распоряженіе должно указывать на основанія лишения, и что указанныя основанія должны быть истинны. Мудрость этого постановленія весьма спорна. Нерѣдко случается, что наслѣдодатель, зная вполне достаточное основаніе для лишения, умалчиваетъ о немъ потому, что это угнетающе бы подѣйствовало на наслѣдника, и ограничивается вслѣдствіе этого болѣе общими выраженіями. Было бы поэтому безусловно лучше, если бы, при ссылкѣ на подобное основаніе лишения, опредѣленіе наслѣдодателя могло быть сохранено въ силѣ. По гражд. улож. наслѣдодатель долженъ или отказаться отъ лишения неотъемлемой доли, или крайне жестоко и беспощадно выступить противъ наслѣдника.

Правильно, напротивъ, слѣдующее постановленіе: указанія наслѣдодателя на основанія для лишения не служатъ еще законной гарантіей ихъ истинности, ибо нерѣдко наслѣдодатель находится во власти недобросовѣстныхъ элементовъ, притупляющихъ его чувства по отношенію къ своему потомству, и рисующихъ ему, по примѣру Эдмунда и Франца Моора, картины всякихъ позорныхъ поступковъ; нерѣдко у наслѣдодателя при составленіи завѣщанія отсутствуетъ уже такая ясность сознанія, чтобы критически отнестись къ этимъ описаніямъ. Данные завѣщанія вслѣдствіе этого нерѣдко бываютъ совершенно необоснованы. Гражданское уложеніе справедливо разъясняетъ, что, вопреки подобнымъ указаніямъ, основаніе для лишения должно быть строго доказано, при чемъ данныя завѣщанія, естественно, могутъ при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ служить для судьи важнымъ доказательствомъ (§ 2336 гражд. улож.).

Весьма вѣскіе мотивы говорятъ за относительность неотъемлемой доли, то есть за то, чтобы наслѣдодателю при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ предоставлено было право лишения ея. Было бы прискорбно, если бы наслѣдодатель былъ принужденъ вручить свое состояніе, добытое упорнымъ трудомъ, тому, кто злоумышлялъ противъ его жизни, или дочери, ведущей образъ жизни уличной проститутки, или сыну, ставшему во главѣ разбойничьей шайки. Только съ точки зрѣнія германскаго права, которое установило извѣстную неприкосновенность наслѣдства и признало на имущество права семьи, на которое никто не долженъ посягать, можно было бы признать иную постановку вопроса, дѣйствительно принятую также

во французскомъ гражданскомъ правѣ. Но вся эта постановка вопроса (какъ указано) отпадаетъ для насъ.

Основанія для лишенія, естественно бываютъ различны, сообразно тому, касается ли дѣло нисходящихъ, родителей или супруговъ. Относительно нисходящихъ слѣдуетъ различать *спеціальныя проступки* противъ наслѣдодателя (или его супруга) и *общую нравственную испорченность*. Къ первой категоріи относятся не только посягательство на жизнь, но и насилие надъ личностью наслѣдодателя и прочіе грубые проступки ¹⁾.

Общая нравственная испорченность можетъ заключаться въ привычномъ неподчиненіи правовому порядку, такъ что данная личность можетъ быть разсматриваема, какъ стоящая внѣ порядочнаго общества; но сюда слѣдуетъ причислить также половыя извращенія, когда они ведутъ къ полному уничтоженію человѣческаго достоинства.

Между обѣими категоріями основаній для лишенія имѣется слѣдующее различіе: первыя представляютъ дѣянія, послѣднія—состоянія; первыя поэтому остаются въ силѣ, если они даже болѣе не повторяются, при этомъ прощеніе наслѣдодателя имѣетъ, однако, погасительное значеніе, при чемъ это погасительное значеніе проявляется въ двоякомъ направленіи: если прощеніе предшествуетъ лишающему распоряженію, то послѣднее недействительно; если прощеніе послѣдовало послѣ, то лишеніе признается ничтожнымъ и не имѣетъ значенія. Прощеніе не есть юридическое дѣйствіе, какъ нѣкоторые утверждали; оно носитъ этический характеръ и имѣетъ то значеніе, что разобщающее дѣйствіе нѣкоторыхъ противонравственныхъ поступковъ теряетъ свою остроту и отношенія между враждебно настроенными лицами снова приобрѣтаютъ нормальный порядокъ. Этическое дѣйствіе поэтому приобрѣтаетъ лишь посредственно юридическое дѣйствіе: оно вслѣдствіе этого наступаетъ и тогда, когда наслѣдодатель неспособенъ: онъ лишь настолько долженъ обладать здравымъ сознаніемъ чтобы быть способнымъ къ осмысленному прощенію, т. е. имѣть ясное представленіе о позорности прощаемого поступка, а также столько инициативы, чтобы его мгновенное какое нибудь дѣйствіе могло быть разсматриваемо какъ волеизъявленіе личности.

¹⁾ Насиліе надъ личностью наслѣдодателя и его супруга, если послѣдній отецъ или мать нисходящаго. Надъ мачихой онъ, стало быть, можетъ производить насилие, не рискуя лишиться наслѣдства, развѣ только истязанія столь сильны, что представляются тяжкимъ проступкомъ (§ 2333 п. 3 граж. улож.).

Когда же дѣло касается общей испорченности, то состояніе лишающее неотъемлемой доли прекращается, лишь только нисходящій вернулся на путь доброй нравственности, при условіи, что это совершилось по крайней мѣрѣ въ моментъ открытія наслѣдства, и что переходъ къ добропорядочности является не временнымъ, а кореннымъ улучшеніемъ. Если бы нисходящій временно вернулся къ лучшей нравственности, а затѣмъ, передъ смертью наслѣдодателя, снова впалъ въ испорченность, то лишеніе неотъемлемой доли осталось бы въ силѣ. При жизни наслѣдодателя дѣло такимъ образомъ не можетъ быть разрѣшено. Если Карлъ Мооръ станетъ добродѣтельнымъ, то онъ лишь тогда получить свою неотъемлемую долю, когда передъ смертью наслѣдодателя не станетъ снова атаманомъ разбойниковъ. Если онъ послѣ открытія наслѣдства вернется снова въ Богемскіе лѣса, то рискуетъ, что его исправленіе будетъ признано только временнымъ (§§ 2333, 2336, 2337 гражд. улож.).

Что же касается неотъемлемой доли *родителей и супругов*, то тутъ принимаются во вниманіе лишь тяжкіе проступки (у супруговъ проступки бракоразводнаго характера, см. §§ 2334, 2335 гражд. улож.).

§ 129. Уже обычное право съ безпокойствіемъ отмѣчало ту истину, что представленіе неотъемлемой доли можетъ служить причиною расточительности, такъ что надѣленіе вызываетъ только скоропреходящее увеличеніе имущества, которое потомъ исчезаетъ, благодаря чему институтъ предоставленія неотъемлемой доли совершенно расходится съ своимъ назначеніемъ. Еще одно обстоятельство сопряжено съ большими сомнѣніями; а именно, если управомоченный на неотъемлемую долю преслѣдуется кредиторами, и если неотъемлемая доля поглощается конкурсомъ, то наслѣдникъ, управомоченный на неотъемлемую долю, ничего не выигрываетъ. Въ данномъ случаѣ германское право мало помогало: мысль о недоступности имущества для распоряженія была слишкомъ неподвижной, чтобы сообразоваться съ этими тонкостями, примѣниться къ обстоятельствамъ и модифицироваться. Но зато обычное право вникнуло въ эластичность и тонкость понятія неотъемлемой доли, въ его этическую подкладку и этическую цѣль и въ соотвѣстствіи съ этимъ усвоило извѣстные выводы, а именно, что неотъемлемая доля у управомоченнаго на нее наслѣдника не отнимается цѣликомъ, но право наслѣдника пользоваться неотъемлемой долей ограничивается, и капиталъ извѣстнымъ образомъ связывается.

Того же взгляда придерживается и гражданское уложение въ §§ 2338, 2271, 2289.

Это можетъ случиться съ лицомъ расточительнымъ или обремененнымъ долгами. Съ расточителемъ отождествляется тотъ, относительно котораго можно ожидать, что онъ позволитъ у себя сманить имущество путемъ всякаго рода обманчивыхъ пріемовъ. Право пользоваться капиталомъ можетъ быть ограничено или путемъ назначенія душеприказчика, или подназначенія наслѣдника или одного и другого. Но это было бы недостаточнымъ. Дѣло въ томъ, что кредиторы обремененнаго долгами лица могутъ оставить нетронутымъ неприкосновенный для нихъ капиталъ, но зато наложить секвестръ на проценты, въ результатѣ чего наслѣдникъ не извлекалъ бы ровно никакой пользы изъ предоставленія. По § 863 уст. гражд. судопр. кредиторы могутъ претендовать на проценты съ капитала лишь тогда, когда что-либо останется свободнымъ послѣ вычета на содержаніе управомоченнаго на неотъемлемую долю наслѣдника и его семьи.

О П Е Ч А Т К И.

Стран. Строк.			Напечатано.	Слѣдуетъ.
Сверху. Снизу.				
5	14	—	что	что —
12	16	—	такое	такое
13	—	15	основнымъ	основными
18	7	—	діалектикой	діалектикою
—	—	13	юриспруденцію	юриспруденцію
19	—	19	другаго	другого
20	—	10	оказавшихся позднѣе ея недостатковъ	ея недостатковъ, обнаружившихся позднѣе
21	2	—	получилось	получилась
„	3	—	указаніи	указаній
23	—	4	на которые	которые
31	14	—	законодательства	законодательствъ
46	—	18	пондектной	пандектной
60	—	1	странить	устранить
66	10	—	Въ первыхъ	Во-первыхъ
75	11	—	цѣли	цѣли
82	5	—	суживали	суживали
86	—	13	принимають	принижаютъ
89	3	—	предъявленные	предъявленныхъ
112	16	—	въ которомъ которое	въ которомъ
118	21	—	если-бы	чтобы
128	6	—	которыя легли бы на участокъ, отъ котораго отпали	; эти повинности легли бы на участокъ, къ которому прирастаютъ
147	16	—	вещью	вещи
170	13	—	вовсе не можетъ быть отчуждено	не можетъ быть отчуждено вовсе
181	15	—	у машинъ.	при изобрѣтеніи машинъ
—	—	17	хотя онъ и будетъ осуществленіи	хотя онъ и не будетъ заключеніи
196	2	—	тотъ-же можетъ	тотъ не можетъ
199	11	—	6 521	§ 521
106	7	—	Во второмъ	Въ двухъ
208	—	1	дѣйствителенъ	не дѣйствителенъ
211	3	—	вещнаго	реальнаго
213	1	—	они	она
—	—	—	пропустили	пропустила
—	2	—	еще	уже
219	9	—		

225	—	10	договору даетъ	договору, Б даетъ
227	21	—	проданный	переданный
246	7	—	форму	формулу
342	11	—	регистра	реестра
267	—	9	свободныхъ	свободныхъ
274	13	—	а бо	або—
276	20	—	обзоръ	оборотъ
331	—	13	она принуждаетъ вру- чить	необходимо вручить мужу
360	—	13	византійскаго созданія	созданія въ византійскомъ правѣ
371	—	16	испытываетъ	терпитъ
372	13	—	оно, свое	оно-свое,